

Divergences de jurisprudence entre les chambre de langue française et de langue néerlandaise du Conseil d'Etat : y a-t-il deux Conseils d'Etat en Belgique ?

Tegenstellingen in de rechtspraak van de Nederlandstalige en Franstalige kamers van de Raad van State : zijn er twee Raad van State's in België ?

I. Introduction.....	1
II. Le requérant peut-il critiquer, dans le cadre d'une demande de suspension (d'extrême urgence), les actes préparatoires antérieurs ?	2
III. Moeten de minimumniveaus inzake selectie vooraf vastgesteld en bekendgemaakt worden ?.....	7
IV. L'autorité administrative peut-elle invoquer l'irrégularité de l'offre du requérant lorsqu'elle ne l'a pas écartée dans le cadre de la procédure de passation ?.....	13
V. Variante libre irrégulière ou double offre ?	16
VI. Is het instellen van een verzoek tot schorsing (bij UDN) tegen een toewijzingsbeslissing een daad van dagelijks bestuur ?	19
VII. Is de beslissing om (voorlopig) met een bepaalde kandidaat (finaal) te onderhandelen een aanvechtbare beslissing ?.....	24
VIII. La perte d'un marché public constitue-t-elle un risque de préjudice grave difficilement réparable ?	27
IX. Besluit.....	30

I. Introduction

1. L'expression que nous avons empruntée pour les besoins de notre titre est de Dominique Lagasse¹, qui la présentait lui-même comme étant iconoclaste. Elle a été reprise depuis lors², mais jamais, à notre connaissance, spécifiquement au sujet du contentieux des marchés publics.

Peut-être la jurisprudence en cette matière se caractérisait-elle, à l'époque, par une belle harmonie ? Force est de constater que tel n'est plus toujours le cas aujourd'hui. En particulier, les chambres du Conseil d'Etat, selon qu'elles sont de langue française ou néerlandaise, donnent des solutions différentes à un certain nombre de questions relatives à cette matière, qui ne sont pas toutes marginales même s'il ne faut pas en exagérer l'importance³.

Ces divergences d'approches témoignent-elles de sensibilités différentes qui se manifesteraient entre les juristes du sud et du nord du pays ? Ou bien sont-elles liées à une absence, ou à tout le moins un manque de collégialité, dès lors que de très nombreux arrêts rendus en la matière le sont en référé d'extrême urgence, sur base d'un examen « *prima facie* », par un conseiller unique ?

¹ D. LAGASSE, « Note sous C.E., 24 septembre 1991 et 5 mars 1992 », *J.L.M.B.*, 1993, p. 614.

² Voyez J. SOHIER, « Chambres flamandes et chambres francophones : divergences et dissonances », in B. BLERO (dir.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 699 et s.

³ Les chambres de la section du contentieux administratif qui traitent des recours en matière de marchés publics sont la VI^e chambre (française) et la XII^e chambre (néerlandaise).

Il nous a semblé nécessaire d'étudier ces divergences de jurisprudence entre chambres du Conseil d'Etat en matière de marchés publics. Peut-être ne parviendrons-nous pas à donner une réponse claire et univoque aux questions posées ci-avant ? Au moins aurons nous informé les praticiens des différences d'approches, sur un certain nombre de questions⁴, entre les deux chambres concernées du Conseil d'Etat. Par ailleurs, nous procéderons à une analyse, parfois critique, de ces jurisprudences comparées⁵.

2. Pour ce faire, il nous a paru opportun de constituer une équipe bilingue. En effet, chaque juriste, selon sa langue, connaît nécessairement mieux la jurisprudence de la chambre de son « rôle linguistique ». Et la confrontation des points de vue permet une meilleure compréhension ainsi qu'une appréhension plus critique des jurisprudences respectives. Nous avons décidé, en outre, que chacun écrirait dans sa langue ; c'est en effet dans sa langue maternelle qu'on exprime le mieux les nuances. A l'image de son matériau de travail, notre contribution est donc bilingue.

II. Le requérant peut-il critiquer, dans le cadre d'une demande de suspension (d'extrême urgence), les actes préparatoires antérieurs ?

3. La VIe chambre, de langue française, du Conseil d'Etat, admet sans faire de difficultés qu'une demande de suspension d'extrême urgence dirigée contre une décision d'attribution critique avec succès les actes préparatoires qui ont précédé cette décision finale, comme la décision de recourir à la procédure négociée avec ou sans publicité, l'adoption du cahier des charges, la décision de sélection qualitative. Si ce moyen est sérieux et si les autres conditions de la suspension sont remplies (en particulier l'exigence de risque de préjudice grave difficilement réparable prescrite par l'article 17, § 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat), l'irrégularité de l'acte préparatoire entraîne aussi celle de la décision finale d'attribution⁶.

De son côté, une certaine jurisprudence de la XIIe chambre de langue néerlandaise refuse d'examiner de tels moyens en référé; elle estime que ces moyens, à les supposer sérieux, ne sont pas de nature à éviter le préjudice que le requérant cherche à prévenir en introduisant une demande de suspension de la décision finale d'attribution. Selon la XIIe chambre, de deux choses l'une. Soit le requérant est censé avoir accepté le préjudice qu'il invoque puisque ce préjudice découle d'une décision préalable qu'il connaît depuis longtemps et qu'il n'a pas introduit en temps utile une demande de suspension. Tel est le cas lorsque le moyen critique des critères de sélection que le requérant ne remplissait pas, alors que ces critères étaient déjà énoncés dans les documents du marché (avis de marché, cahier des charges). Soit la suspension sur la base du moyen invoqué ne servirait pas directement le requérant qui cherche à retrouver une nouvelle chance de se voir attribuer le marché. Tel est le cas lorsqu'est invoquée l'irrégularité du recours à la procédure négociée ; dans cette hypothèse, la chambre de langue néerlandaise considère qu'en déclarant sérieux un tel moyen, elle constaterait l'illégalité de toute la procédure d'attribution, qui devrait être recommencée, en telle sorte que le but poursuivi par le requérant serait mis hors de sa portée durant un délai très long. Dans les deux cas, la XIIe

⁴ Nous ne prétendons pas à l'exhaustivité mais pensons avoir identifié les principales divergences entre les jurisprudences des chambres de langue française et néerlandaise.

⁵ Notre cabinet d'avocats étant intervenu dans certaines affaires qui font l'objet de la présente chronique, nous veillerons toutefois à conserver toute la réserve nécessaire dans le commentaire de ces arrêts.

⁶ Voyez par exemple C.E., arrêt Axa Belgium et autres, n° 163.472 du 11 octobre 2006.

chambre n'examine pas le bien fondé du moyen, elle se borne à le déclarer non directement efficace (« niet dienstig ») pour prévenir le risque de préjudice allégué⁷.

4. Cette différence d'approche doit être replacée dans un cadre plus large. Dans le contentieux des marchés publics, une divergence profonde de jurisprudence a longtemps subsisté entre les chambres de langue française et les chambres de langue néerlandaise du Conseil d'Etat, à propos de la notion d'opération complexe et de la recevabilité des recours et des moyens dirigés contre les actes préparatoires qui jalonnent la procédure d'attribution⁸. L'assemblée générale de la section du contentieux administratif, à l'époque section d'administration, est intervenue en prononçant trois arrêts le 2 décembre 2005, comme le lui permet l'article 92 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat lorsqu'elle est saisie par le Premier président ou l'Auditeur général afin d'assurer l'unité de la jurisprudence.

On peut se demander si la différence d'approche ici identifiée dans les arrêts récents de la section du contentieux administratif, même si elle se cantonne au référé administratif d'extrême urgence, n'est pas une résurgence de la divergence antérieure à 2005.

5. Selon la jurisprudence des chambres néerlandaises, antérieure aux arrêts d'assemblée générale du 2 décembre 2005, le requérant pouvait - et même devait - introduire directement un recours contre la décision préalable lorsque cet acte était considéré comme interlocutoire en ce sens qu'il avait pour effet de priver définitivement le requérant de toute chance d'obtenir le marché. Tel était le cas principalement du cahier des charges qui contenait des clauses techniques excluant toute participation du requérant au marché. Si le requérant n'introduisait pas immédiatement un tel recours, il n'était plus recevable à contester la décision finale d'attribution du marché ; s'il le faisait néanmoins, il lui était objecté que son grief résidait entièrement dans la décision préalable contre laquelle il ne s'était pas pourvu dans les délais⁹. Le même raisonnement valait donc aussi au sujet des décisions de non-sélection qui, dans le cadre de procédures restreintes, sont antérieures à la décision d'attribution.

⁷ Voyez C.E., arrêts Fortis Corporate Insurance, n° 173.471 du 12 juillet 2007 ; Ondernemingen Lambrechts en Sodraep, n° 189.732 du 22 janvier 2009.

⁸ A ce sujet, voyez B. LOMBAERT, « L'opération complexe et la recevabilité des recours devant le Conseil d'Etat : une utile mise au point par l'Assemblée générale de la section du contentieux administratif », in *Liber amicorum Robert Andersen*, à paraître aux éditions Bruylant.

⁹ Voyez notamment C.E., arrêts Bollaerts, n° 74.399 du 23 juin 1998 ; n.v. G.T.I. Holding Belgium, n° 82.958 du 19 octobre 1999 ; n.v. G.T.I. technical Installations, n° 83.938 du 7 décembre 1999 ; n.v. Mewaf International, n° 116.351 du 25 février 2003 ; n.v. Labonorm, n° 114.596 du 16 janvier 2003. De nombreux commentaires doctrinaux ont été consacrés à cette jurisprudence ; voyez surtout : J. BAERT, "In welke gevallen is de keuze van de gunningsprocedure bij overheidsopdrachten een voor de Raad van State aanvechtbare handeling?", *T. Gem.*, 1996, pp. 350 et s.; A. COOLSAET, « De aanvechtbaarheid van voorbereidende handelingen in het raam van de complexe rechtshandeling van de gunning van een overheidsopdracht », note sous C.E., arrêt n.v. Mewaf International, n° 116.351 du 25 février 2003, *T. Gem.*, 2004, p. 294; D. D'HOOGE, "Is de beslissing tot vaststelling van het bestek een voor annulatieberoep vatbare handeling?", *Entr. et dr.*, 1990, pp. 141 et s.; J. MOSSELMANS, "Het Labonorm arrest: voorbij de impasse van de complexe rechtshandeling – nieuwe vragen inzake ISO-certificaten", note sous C.E., arrêt n.v. Labonorm, n° 152.173 du 2 décembre 2005, *C.D.P.K.*, 2006/3, pp. 752 et s.; S. VERBIST, "De ontvankelijkheid van een verzoek tot schorsing of vernietiging voor de Raad van State en de theorie van de complexe rechtshandeling inzake overheidsopdrachten", *Entr. et dr.*, 2003, pp. 388 et s. ; S. VERBIST, « Rechtsbescherming bij de Raad van State tegen complexe administratieve rechtshandelingen », *loc. cit.* Voyez aussi le rapport du premier auditeur J. STEVENS, sous C.E., arrêt n.v. Labonorm, n° 152.173 du 2 décembre 2005, *T.B.P.*, 2006, liv. 3, p. 167.

Cette jurisprudence reposait sur la considération que, pour le requérant, la procédure (complexe) s'arrête avec l'acte interlocutoire qui l'exclut définitivement de la compétition. Pour reprendre les termes du premier auditeur Stevens : voor verzoeker gaat de complexe rechtshandeling “*niet meer door, niet meer verder*”¹⁰.

En revanche, les chambres de langue néerlandaise admettaient que le requérant invoque, à l'appui du recours en annulation contre la décision finale d'attribution, les vices du cahier des charges qui n'étaient pas de nature à l'exclure totalement de la participation au marché. A tout le moins fallait-il – mais ceci relève de l'évidence – que ces vices aient eu une incidence sur la décision finale. De ce point de vue, le cahier des charges était considéré comme un acte simplement préparatoire¹¹.

Quant aux chambres de langue française du Conseil d'Etat, elles ont longtemps partagé la manière de voir des chambres flamandes¹², avant d'opérer un revirement radical de jurisprudence dès la fin des années 1980³. Ainsi, de nombreux arrêts rendus par la VI^e chambre antérieurement aux arrêts d'assemblée générale du 2 décembre 2005, considèrent que la procédure d'attribution d'un marché public constitue une opération complexe dans laquelle l'adoption du cahier des charges n'est jamais qu'un acte purement préparatoire. Selon cette jurisprudence, même si les clauses techniques du cahier des charges aboutissent à exclure toute participation d'une entreprise, celle-ci ne peut en déduire un préjudice certain et définitif. En effet, un tel préjudice ne peut naître qu'avec l'attribution du contrat à un concurrent, ce qui demeure toujours un événement incertain puisqu'en vertu même de la loi¹³, le pouvoir adjudicateur peut toujours renoncer à attribuer le marché. Le requérant devait donc attendre la décision finale d'attribution, qui fixe définitivement les conditions juridiques du marché, pour introduire un recours et contester, à cette occasion, les vices qui entachent les actes préparatoires. Tout recours antérieur à la décision d'attribution était jugé prématuré et irrecevable pour ne pas être dirigé contre un acte administratif décisif¹⁴.

Saisie de trois recours dirigés contre des décisions adoptées dans le cadre de procédures d'attribution de marchés, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a fait usage de l'occasion qui lui était donnée de se prononcer en vue de rétablir l'unité de la jurisprudence. Elle l'a fait en faisant une synthèse harmonieuse des deux courants divergents de jurisprudence qui ont précédé ses arrêts de fin 2005¹⁵.

¹⁰ Rapport sous C.E., arrêt n.v. Labonorm, n° 152.173 du 2 décembre 2005, précité.

¹¹ Voyez par exemple C.E., arrêts n.v. City Advertising, Benelux, n° 83.753 du 30 novembre 1999 ; Calgon Carbon Corporation, n° 114.052 du 20 décembre 2002 ; n.v. Cordeel Zetel Hoeselt et crts, n° 147.727 du 20 juillet 2005.

¹² C.E., arrêts Anciens établissements Close, n° 21.650 du 9 décembre 1981 ; s.a. Saviem, n° 22.173 du 2 avril 1982 et Mecatherm, n° 26.327 du 4 avril 1986.

¹³ Article 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

¹⁴ C.E., arrêts Econoler, n° 32.366 du 12 avril 1989 (*Entr. et dr.*, 1990, p. 140, avec la note critique de David D'Hooghe, précitée) ; Orbeta, n° 38.392 du 20 décembre 1991 ; s.a. B.A.B., n° 39.585 du 5 juin 1992 ; s.a. Albama, n° 69.441 du 5 novembre 1997 ; s.a. Induyco, n° 72.901 du 1^{er} avril 1998 ; s.a. Agoraspace Benelux, n° 76.392 du 14 octobre 1998 ; s.a. Pasteur-Merieux MSD, n° 76.461 du 15 octobre 1998 ; s.a. J.-C. Decaux Belgium, n° 78.378 du 27 janvier 1999 ; s.a. Lombet, n° 78.788 du 17 février 1999 ; Kuraj, n° 108.330 du 21 juin 2002 ; s.a. Varec, n° 108.956 du 8 juillet 2002 ; s.p.r.l. Bouwmateralen Ivan Vuysteke, n° 136.147 du 15 octobre 2004.

¹⁵ C.E. (A.G.), arrêts s.a. Boucher et crts, n° 152.172, s.a. Labonorm, n° 152.173 (*C.D.P.K.*, 2006/3, pp. 752 et s., obs. J. MOSSELMANS) et s.a. Amec Spie Belgium, n° 152.174, tous trois du 2 décembre 2005.

Dans l'arrêt Labonorm (n° 152.173), l'assemblée générale juge que la société requérante est recevable à invoquer, à l'occasion du recours dirigé uniquement contre la décision finale d'attribution, des critiques dirigées contre le cahier des charges, et ce même si le cahier des charges était, à son égard, un acte interlocutoire¹⁶ – l'arrêt parle de « décision préalable » – contre lequel il n'a pas introduit de recours dans le délai alors qu'il aurait pu le faire. Les considérants de principe de cet arrêt se lisent :

« Considérant qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief; que c'était le cas en l'espèce dès lors que la partie requérante, vu la prescription du cahier spécial des charges qui requérait la possession d'un certificat ISO-9002 dont elle ne disposait pas, pouvait s'attendre à ce que son offre fût refusée et que le marché ne lui fût pas attribué;

Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'Etat, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges ».

Dans l'arrêt Amec Spie Belgium (n° 152.174), prononcé le même jour, la Haute assemblée tient un raisonnement analogue au sujet du refus de sélection qualitative dans le cadre d'un appel d'offres restreint : le soumissionnaire non sélectionné peut – mais ne doit pas – introduire un recours immédiat contre sa non sélection, qui est à son égard interlocutoire ; il peut aussi attendre et invoquer l'illégalité de la sélection à l'appui de son recours contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure restreinte de passation.

Le même arrêt précise que le requérant perd son intérêt à attaquer une décision de non sélection de sa candidature s'il s'abstient de contester la décision finale qui attribue le marché à un concurrent. Un enseignement analogue ressort de l'arrêt Boucher et autres (n° 152.712), rendu aussi par l'assemblée générale le 2 décembre 2005.

¹⁶ Une clause du cahier des charges exigeait que l'attributaire soit titulaire d'un certificat ISO-9002. Le marché était attribué selon la procédure d'adjudication publique. L'offre de la société requérante était la moins chère mais a été déclarée irrégulière car elle ne possédait pas le certificat requis ; le marché a donc été attribué au seul autre soumissionnaire, dont l'offre était plus chère mais régulière. Le recours introduit devant le Conseil d'Etat invoquait des moyens dirigés essentiellement contre la clause du cahier des charges qui exigeait la possession d'un certificat ISO-9002.

6. On pourrait croire que ces trois arrêts d'assemblée ont mis fin aux controverses sur la portée de la notion d'opération complexe et sur les questions de recevabilité que cette notion suscite. Or, il n'en est rien. Des résistances se manifestent ça et là¹⁷. Une de ces manifestations semble pouvoir être décelée dans les arrêts récents de la XIIe chambre de langue néerlandaise¹⁸. Pour sa part, la VIe chambre de langue française applique la jurisprudence « Labonorm » aussi dans le cadre des demandes de suspension d'extrême urgence.

Certes, les considérations des arrêts commentés de la XIIe chambre semblent porter essentiellement sur la condition du préjudice grave difficilement réparable. Ne se prononçant pas sur le sérieux des moyens invoqués, ces arrêts se bornent tout au plus à juger que ces moyens ne sont pas directement efficaces (« niet dienstig ») pour éviter le préjudice allégué.

Ce faisant, la XIIe chambre établit néanmoins une condition originale de recevabilité du moyen, en exigeant qu'existe un lien particulier entre la nature des moyens invoqués et le préjudice que le requérant cherche à éviter¹⁹.

Cette manière de voir se distingue de la jurisprudence classique selon laquelle les conditions relatives aux moyens sérieux et au risque de préjudice grave difficilement réparable sont distinctes et ne peuvent se confondre²⁰.

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence naissante de la XIIe chambre aboutit à refuser à un soumissionnaire évincé la possibilité d'agir, au moins selon la procédure d'extrême urgence²¹, contre la décision finale en invoquant les vices des décisions préalables tels l'avis de marché ou le cahier des charges. A l'inverse, elle oblige le candidat ou le soumissionnaire qui fait l'objet d'une décision préalable lui causant grief, à agir tout de suite en extrême urgence sous peine de ne plus pouvoir invoquer ensuite, à l'appui de la demande de suspension qu'il introduirait contre la décision finale, les irrégularités de cette décision préalable. Or, tel était précisément la teneur essentielle de la jurisprudence des chambres flamandes antérieure à 2005, que l'assemblée générale n'a pas confirmée sur ce point.

¹⁷ Pour une analyse plus détaillée et abordant d'autres contentieux que celui qui concerne les marchés publics, voyez B. LOMBAERT, « L'opération complexe et la recevabilité des recours devant le Conseil d'Etat : une utile mise au point par l'Assemblée générale de la section du contentieux administratif », *loc. cit.*

¹⁸ Pour rappel, il s'agit des arrêts Fortis Corporate Insurance, n° 173.471 du 12 juillet 2007 et Ondernemingen Lambrechts en Sodraep, n° 189.732 du 22 janvier 2009.

¹⁹ Le Conseil d'Etat (chambre de langue française) a tenu un raisonnement analogue dans une toute autre matière. Au sujet d'une demande de suspension introduite par une étudiante ayant fait l'objet d'une décision d'échec, il a jugé que : « dès lors que le but poursuivi par l'étudiante est d'obtenir la possibilité de se présenter en deuxième session, ce qui implique nécessairement que le jury d'examen délibère à nouveau quant au fond, le moyen pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle est inadéquat en ce qui concerne la procédure en suspension ; un tel moyen, à le supposer sérieux, n'obligerait l'autorité qu'à reprendre le même acte, assorti toutefois d'une motivation plus explicite » (arrêt Palummiéri, n° 147.719 du 19 juillet 2005).

²⁰ Voyez pour des exemples récents, en langue française C.E., arrêts Mainguet et crts, n° 191.944 du 26 mars 2009 ; Schotte et crts, n° 195.107 du 6 juillet 2009 et en langue néerlandaise, C.E., arrêts X, n° 182.125 du 17 avril 2008 ; Donckers, n° 180.924 du 12 mars 2008 et N.V. Pro Domo, n° 169.600 du 30 mars 2007. Habituellement, la XIIe chambre chargée du contentieux des marchés publics, applique aussi séparément les conditions de la suspension : voyez par exemple C.E., arrêts N.V. Verheyen Graphics, n° 174.070 du 22 août 2007 ; N.V. Brasschaat Financial Holding, n° 178.884 du 24 janvier 2008 ; B.V.B.A. L3M Architecten-Venootschap, n° 183.362 du 26 mai 2008 ; N.V. Kantoorinrichting Stulens, n° 189.571 du 20 janvier 2009 ; N.V. Aannemingen Janssen, n° 193.438 du 19 mai 2009.

²¹ Il n'est pas exclu que la solution soit appliquée aussi à la procédure de suspension ordinaire, rien dans les motifs de l'arrêt ne l'excluant.

Il est vrai que les arrêts d'assemblée générale du 2 décembre 2005 ne traitent pas de cette question précise relative à la procédure de référé (d'extrême urgence), mais ils ne semblent faire aucune distinction entre les recours en annulation et les demandes de suspension. Et en matière de marchés publics, on sait que nombre de recours, en tout cas ceux qui présentent les enjeux les plus considérables, sont introduits selon des procédures de référé d'extrême urgence, notamment sur la base du mécanisme de « standstill » de l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993²². Si cette tendance, amorcée par la XIIe chambre, devait se confirmer, elle priverait donc la solution des arrêts d'assemblée générale du 2 décembre dernier de l'essentiel de sa portée.

III. Moeten de minimumniveaus inzake selectie vooraf vastgesteld en bekendgemaakt worden ?

7. In de fase van de selectie beoordeelt de aanbestedende overheid de persoon van de kandidaten aan de hand van de selectiecriteria²³. Krachtens de Memorie van Toelichting bij de Wet Overheidsopdrachten van 24 december 1993, moeten de selectiecriteria aan de aanbestedende overheid toelaten *“om de bekwaamheid van kandidaten of inschrijvers om deze of gene reden opdracht tot een goed einde te brengen te beoordelen, met nazicht van het feit dat ze zich niet in een uitsluitingspositie bevinden (faillissement, niet-naleving van de economische en financiële verplichtingen, ...) en over voldoende financiële, economische en technische draagkracht beschikken”*²⁴.

Over de verplichting om vooraf de minimale vereisten inzake financiële, economische en technische draagkracht vast te stellen en die mee te delen aan de kandidaten, blijkt er uiteenlopende rechtspraak te bestaan van de Nederlandstalige en Franstalige kamers van de Raad van State.

8. Voor wat de fase van de gunning betreft, is die problematiek intussen min of meer geregeld in de Belgische wetgeving. In uitvoering van de Europese richtlijnen en rechtspraak bevat de Belgische regelgeving een uitdrukkelijke verplichting om de gunningscriteria én hun respectieve gewicht vooraf vast te stellen én aan de kandidaten mee te delen²⁵. Indien er daarenboven gewerkt wordt met subgunningscriteria, is er Europese rechtspraak voorhanden die aangeeft dat ook deze, in uitvoering van het transparantiebeginsel, vooraf bekendgemaakt moeten worden²⁶.

Er heerst echter nog onduidelijkheid over de vraag of eenzelfde doorgedreven transparantie zich opdringt in de selectiefase. Het KB van 8 januari 1996²⁷ (klassieke sectoren) en het KB van 10 januari 1996²⁸ (nutssectoren) vereisen wel dat (i) de overheid aangeeft welke referenties en bewijsstukken moeten worden overgemaakt en (ii) dat de

²² Pour les marchés dont les montants sont supérieurs aux seuils de publication européenne.

²³ K. RONSE, “De selectie” in D. D’HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 326 e.v.

²⁴ *Parl. St.* Senaat 1992-1993, nr. 656/1, 25.

²⁵ Zie voor de klassieke sectoren, bv. art. 115 en 122bis KB 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

²⁶ HvJ 24 januari 2008, C-532/06, Lianikis overw. 38 en 44; *Cfr.* L. SCHELLEKENS, in D. D’HOOGHE, *o.c.*, 439-442.

²⁷ Art. 16 e.v., art. 42 e.v. en art. 68 e.v.

²⁸ Art. 16 e.v., art. 38 e.v. en art. 59 e.v.

kandidaten de nodige documenten overmaken ter staving van de financiële, economische of technische draagkracht. Daarmee is echter nog niet eenduidig de vraag beantwoord of ook vooraf moet worden verduidelijkt welk het te behalen niveau is van de financiële, economische en technische draagkracht. Volstaat het m.a.w. te vermelden dat de kandidaten blijk moeten geven van een “voldoende” of “passende” financiële, economische en technische draagkracht en aan te geven welke referenties en documenten moeten worden overgemaakt, zonder ook te verduidelijken welke minimumgrenzen gehaald moeten worden?

9. De Nederlandstalige XIIe Kamer van de Raad van State heeft zich (voor zover ons bekend) voor het eerst over deze problematiek moeten buigen in een arrest van 13 april 2006 (nr. 157.579). Hierin werd (bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zodat een en ander met het nodige voorbehoud is te benaderen) uitspraak gedaan over de beslissing van de overheid om een partij in het kader van een algemene offertevraag niet te selecteren, dit bij gebreke aan afdoende financiële draagkracht.

In het bestek werd over die financiële draagkracht van de inschrijver enkel het volgende gesteld:

“De inschrijver dient over voldoende financiële slagkracht te beschikken. Deze financiële slagkracht zal worden beoordeeld op basis van de goedgekeurde jaarrekeningen van de laatste drie boekjaren.”

Hoewel verzoekende partij de gevraagde goedgekeurde jaarrekeningen overmaakte, besliste de aanbestedende overheid dat verzoekende partij niet kon worden geselecteerd. Uit de analyse van de neergelegde jaarrekeningen bleek immers dat een aantal financiële ratio's onder de richtwaarden lagen die de overheid voor zichzelf had gesteld. Hieruit werd door de aanbestedende overheid geconcludeerd dat de verzoekende partij over onvoldoende financiële slagkracht beschikte.

Verzoekende partij vocht deze beslissing aan en betwistte dat zij kan worden geweerd, aangezien zij alle vereiste documenten had overgemaakt. Verder bevatte noch de bekendmaking, noch het bestek concrete minimumeisen inzake financiële draagkracht en deze konden – aldus verzoekende partij – dan ook niet meer nadien door de overheid worden vastgesteld en toegepast. Zulke vaststelling a posteriori zou volgens verzoekende partij o.m. een schending uitmaken van een omzendbrief dd. 10 februari 1998²⁹ betreffende de kwalitatieve selectie van aannemers, leveranciers en dienstverleners. Die bepaalt in deel 2.1. (Voorschriften die van toepassing zijn op de kwalitatieve selectie - Algemeen): *“Het is dus de aanbestedende overheid die in de aankondiging van opdracht eenduidig de referenties moet bepalen die zij wenst te ontvangen, ja zelfs de niveaus die de ondernemingen moeten bereiken om in aanmerking genomen te worden bij de selectie.”* Verder zou het toepassen van niet vooraf meegedeelde minimumvereisten ook een schending uitmaken van de artikels 16, eerste lid, 17 en 18 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van sommige beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel).

²⁹ B.S. 13 februari 1993.

De Raad van State volgde die argumentatie niet en oordeelde dat de toets aan de financiële draagkracht niet beperkt moest blijven tot het nagaan of de vereiste documenten werden aangeleverd. Volgens de Raad gaf het bestek duidelijk de finaliteit van de voor te leggen documenten aan, aangezien sprake is van de financiële slagkracht *“die zal worden beoordeeld”*.

De Raad van State stelde ook vast dat er inderdaad geen minimumniveaus bepaald zijn in het bestek, maar voegde hieraan toe dat uit de reglementaire bepalingen aangehaald door de verzoekende partij zulke verplichting niet af te leiden valt. Ook op de aangehaalde omzendbrief kon volgens de Raad niet worden gesteund om de overheid tot voorafgaande mededeling van de minimumniveaus te verplichten :

“dat er voorts inderdaad geen minimumniveaus bepaald zijn in het bestek doch de verzoekende partij niet aangeeft welke op de opdracht toepasselijke bepaling uit de regelgeving van de overheidsopdrachten daartoe zou verplichten; dat het daarbij niet lijkt te volstaan naar een omzendbrief te verwijzen, nu de verzoekende partij niet aantoont op welke wijze te dezen op de schending van een omzendbrief een middel zou kunnen worden opgebouwd op grond waarvan de Raad van State een nietigverklaring zou kunnen uitspreken.”

Aldus gaf de Raad van State aan dat – alvast prima facie – er geen eenduidige bepaling in de (aangehaalde) regelgeving verplicht tot het voorafgaand vaststellen en meedelen van de minimumniveaus van financiële, economische en technische draagkracht.

Echter, of uit dit arrest ook is te besluiten dat er volgens de XIIe Kamer hoegenaamd geen verplichting tot bekendmaking bestaat, is onzeker. In het kader van een UDN-procedure kan immers slechts tot een prima facie beoordeling worden overgegaan. Er is doorgaans ook geen tijd en ruimte voor de Raad om zulke verplichting ambtshalve af te leiden uit andere wettelijke of Europeesrechtelijke bepalingen dan diegene die worden aangevoerd.

De vordering tot schorsing werd verworpen.

10. In een arrest van 4 mei 2009 (nr. 192.937) heeft de Nederlandstalige XIIe Kamer nog een arrest uitgesproken over dezelfde problematiek. Het betrof opnieuw een verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Het verzoekschrift werd ingesteld tegen *“de beslissing van onbekende datum de kandidatuur van verzoekende partij niet te weerhouden bij het aanwijzen van commissarissen belast met een wettelijke opdracht van externe controle van geconsolideerde rekeningen (onder IFRS) in het kader van de NMBS groep (consortium BMBS (lees : NMBS) Holding en Infrabel).”* Deze zaak onderscheidt zich wel van de eerstbesprokene, omdat de opdracht in dit geval onderworpen was aan de reglementering nutssectoren.

De aankondiging van de opdracht vermeldde dat de kwalitatieve selectie van de kandidaten zou gebeuren op basis van hun economische, financiële en technische capaciteiten en vroeg verder (enkel) naar de volgende documenten :

*“ De kandidaat dient ons te laten worden :
- Zijn zakencijfer van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)*

- Zijn winst- of verliescijfers van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)
Geen jaarverslagen bijvoegen.”

Hoewel zij die vereiste documenten had voorgelegd, werd verzoekende partij niet geselecteerd wegens een te laag zakencijfer. Hierop vocht ze in UDN deze beslissing aan voor de Raad van State en stelde enerzijds dat er in het bestek geen sprake is van een vastgelegd minimaal zakencijfer en anderzijds dat het criterium “voldoende zakencijfer” te vaag en bijgevolg onwettig was. Zij beriep zich aldus op een verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid om vooraf het minimale niveau van de selectiecriteria bekend te maken.

De XIIe Kamer verwierp (opnieuw) deze argumentatie.

Volgens de Raad kan zulke verplichting met name niet worden afgeleid uit artikel 59, §2 van het KB van 10 januari 1996 : *“Artikel 59, § 2 voornoemd lijkt enkel de verplichting in te houden om voorafgaand objectieve selectiecriteria te bepalen, doch niet om voorafgaand ook het vereiste niveau mee te delen. Zo is in dit artikel geen sprake van de beoordeling van minimumeisen wat wel het geval is in artikel 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”*. De Raad lijkt hier derhalve aan te geven dat er mogelijks een onderscheid is te maken tussen de nutssectoren en de klassieke sectoren. De Raad wijst er immers op dat in het KB van 8 januari 1996 uitdrukkelijk verwezen wordt naar *“minimumeisen”*, wat in het KB nutssectoren niet het geval is. Als uit die bepaling al een verplichting tot het voorafgaand vaststellen en meedelen van die minimumeisen volgt, is dit – aldus de Raad – echter alvast niet het geval in de nutssectoren waar het KB immers geen gelijkkluidende bewoordingen gebruikt.

De XIIe Kamer gaat verder ook in op een door verzoekende partij ingeroepen arrest van het Hof van Justitie (Universale Bau³⁰), waaruit deze partij een verplichting tot bekendmaking van de minimale selectieniveaus afleidde. Volgens de Raad volgde zulke verplichting echter niet uit dit arrest. Het Europese Hof zou immers zelf hebben aangegeven dat het arrest geen antwoord geeft op de vraag of een aanbestedende overheid verplicht is om voorafgaand afwegingsregels voor de selectiecriteria vast te leggen en deze bekend te maken³¹.

Bij gebreke aan duidelijke en aangehaalde reglementaire bepalingen die tot voorafgaande vaststelling en bekendmaking van de minimumniveaus inzake selectie verplichten,

³⁰ H.v.Just. 12 december 2002, Universale - Bau AG, C-470/99.

³¹ Overwegingen 85 en 86 van het arrest van het Hof van Justitie geven inderdaad aan dat de uitspraak enkel betrekking heeft op de situatie waarin de overheid vooraf minima heeft vastgesteld maar deze niet heeft bekendgemaakt en niet op de situatie waar de overheid slechts bij de beoordeling zelf de minima vaststelt : *“Aldus blijkt dat de verwijzende rechter in deze zaak niet wenst te vernemen of een aanbestedende dienst krachtens het gemeenschapsrecht gehouden is reeds vóór de aankondiging van de opdracht de afwegingsregels vast te stellen voor de selectiecriteria die hij voornemens is te hanteren, maar dat hij het Hof enkel een vraag stelt over de naleving van de vereisten van bekendmaking van richtlijn 93/37 in het geval dat de aanbestedende dienst vooraf dergelijke regels heeft vastgesteld. De vierde vraag strekt er dus toe te vernemen of richtlijn 93/37 aldus moet worden uitgelegd, dat indien de aanbestedende dienst in het kader van een niet-openbare procedure vooraf afwegingsregels heeft vastgesteld voor de criteria voor selectie van de gegadigden die tot inschrijving zullen worden uitgenodigd, deze dienst die regels in de aankondiging van de opdracht of de stukken betreffende de aanbesteding moet vermelden”*.

verwierp de Raad derhalve ook in deze zaak (in UDN en dus onder dit voorbehoud) het verzoek tot schorsing.

11. De Franstalige VIe Kamer heeft zich enige maanden na het eerste arrest van de XIIe Kamer over een gelijkaardige vraag moeten uitspreken, ditmaal echter in een procedure tot nietigverklaring.

Het arrest van 7 juni 2006 (nr. 159.657) had betrekking op een verzoek tot nietigverklaring gericht tegen een niet-selectie voor een algemene offerteaanvraag. In het bestek werden inzake de financiële, economische en technische draagkracht opnieuw geen duidelijke minima vastgesteld maar werd slechts het volgende geëist:

“1/ une stature suffisante (chiffre d'affaires,...) eu égard à l'importance du marché, ce dernier étant estimé à une valeur de 50.000.000 BEF;

2/ une évolution financière et commerciale positive (situation comptable sur 3 ans);

3/ une expérience suffisante relative à des réalisations similaires;

4/ une qualification suffisante des membres de l'équipe de travail dans les techniques et spécialités concernées par le marché.”

Verzoekende partij werd ook hier niet geselecteerd wegens onvoldoende financiële draagkracht en vocht deze beslissing aan omdat vooraf geen minimumvereisten werden vastgesteld en meegedeeld. Volgens verzoekende partij maakte dit (onder andere) een schending uit van artikel 68 tem 74 en 80 van het KB van 8 januari 1996.

In deze zaak oordeelde de Franstalige VIe Kamer dat de aanbestedende overheid wel degelijk verplicht is tot het vooraf bekendmaken van de minimumniveaus in de selectie. De VIe Kamer van de Raad lijkt zich hiervoor niet te steunen op het KB dd. 8 januari 1996. Er werd daarentegen verwezen naar de eerder aangehaalde omzendbrief dd. 10 februari 1998 en naar het gelijkheids- en transparantiebeginsel (zoals die o.m. in het arrest Universele Bau door het Hof van Justitie werden vooropgesteld). Op grond hiervan besluit de VIe Kamer dat een *"stature suffisante"* ne permet pas au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non, c'est-à-dire s'il possède le niveau de capacité financière attendu par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne peut déposer son dossier de candidature en connaissance de cause » en dat de bestreden beslissing derhalve moet worden vernietigd.

12. Te besluiten is dat er begin 2010 nog steeds geen duidelijke reglementaire bepaling in de Belgische regelgeving lijkt te bestaan die de overheid verplicht om vooraf minimumniveaus inzake selectiecriteria vast te stellen en deze aan de kandidaten bekend te maken.

De Nederlandstalige XIIe Kamer heeft (onder het voorbehoud van de spoedbehandeling in het kader van een UDN) op grond van het ontbreken van zulke eenduidige bepaling totnogtoe middelen die de schending van zulke verplichting inroepen, verworpen. De Franstalige VIe Kamer is in het kader van een vernietigingsberoep dan weer verder

gegaan in haar analyse en heeft zulke verplichting afgeleid uit het transparantiebeginsel dat op overheidsopdrachten van toepassing is.

13. Het ontbreken in de Belgische reglementering van een uitdrukkelijke verplichting om minimumniveaus inzake selectiecriteria vast te stellen en vooraf bekend te maken, is verbazingwekkend. In de klassieke sectoren verplicht richtlijn 2004/18 immers voor de Europese opdrachten de overheid uitdrukkelijk om – indien ze minima wil hanteren – deze vooraf vast te stellen en bekend te maken.

Artikel 44, lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG bepaalt immers :

“De aanbestedende diensten kunnen minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig de artikelen 47 en 48 stellen waaraan de gegadigden en de inschrijvers moeten voldoen.

De in de artikelen 47 en 48 bedoelde inlichtingen en de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Deze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.”

Overweging 39 bij de richtlijn laat verder weinig discussie mogelijk over de draagwijdte van die verplichting :

“(39) De beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers, (...), alsmede hun selectie, dienen op transparante wijze te geschieden. Daartoe dienen niet-discriminerende criteria te worden aangegeven die de aanbestedende diensten kunnen gebruiken om de mededingers te selecteren, alsmede de middelen die de ondernemers kunnen gebruiken om aan te tonen dat zij aan deze criteria voldoen. Uit dit oogpunt van transparantie dient de aanbestedende dienst gehouden te zijn vanaf de oproep tot mededinging voor een opdracht de selectiecriteria aan te geven die hij voor de selectie zal hanteren, alsmede het niveau van specifieke bekwaamheden dat hij eventueel van ondernemers eist opdat deze tot de aanbestedingsprocedure kunnen worden toegelaten.” (eigen onderlijning)

Indien een aanbestedende overheid dus minimumeisen inzake de selectiecriteria wenst te hanteren in de klassieke sectoren, verplicht richtlijn 2004/18/EG voor Europese opdrachten (minstens aan de lidstaten om in hun regelgeving een verplichting op te nemen) om deze niveaus ook vooraf bekend te maken³².

Meer dan 4 jaar nadat richtlijn 2004/18 diende te zijn omgezet, blijft de Belgische regelgeving op dit punt echter onduidelijk. Het is dan ook verbazend dat de Europese Commissie in één van haar vele procedures tegen de Belgische Staat wegens gebrekkige omzetting van de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten, dit niet aan de kaak heeft gesteld.

In afwachting van nadere precisering van de Belgische regelgeving, blijft derhalve discussie over deze problematiek mogelijk. Een en ander geldt des te meer voor de

³² Zie ook S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 725-726

opdrachten onder de Europese drempelbedragen en in de nutssectoren. Voor zover aan art. 44 van RL 2004/18 al directe werking zou toekomen, geldt dit immers enkel voor Europese opdrachten in de klassieke sectoren. Richtlijn 2004/17/EG omvat voor de opdrachten in de nutssectoren geen gelijklopende bepaling.

IV. L'autorité administrative peut-elle invoquer l'irrégularité de l'offre du requérant lorsqu'elle ne l'a pas écartée dans le cadre de la procédure de passation ?

14. De manière constante, la VIe chambre francophone considère que la partie adverse n'est pas admise à exciper de l'irrecevabilité du recours au motif que l'offre de la partie requérante serait irrégulière pour un motif déterminé, lorsque cette partie adverse, exerçant son pouvoir d'appréciation, n'a pas estimé devoir déclarer cette offre irrégulière pour ce motif durant la procédure d'attribution³³.

De son côté, la XIIe chambre de langue néerlandaise a considéré, d'office, que l'offre de la partie requérante devait être tenue pour entachée d'une irrégularité substantielle dès lors qu'elle n'était pas signée. Dans ce cas d'espèce, la partie adverse avait déclaré l'offre de la requérante comme irrégulière, non pas parce qu'elle n'était pas signée mais pour le seul motif que la liste des prix annexée à l'offre n'était pas correctement signée.

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat, chambre flamande, a estimé que le recours était sans intérêt dès lors qu'en cas d'annulation, la partie adverse serait tenue de rejeter à nouveau l'offre, non signée, de la requérante³⁴.

Peut-on y voir une réelle divergence de jurisprudences ? Nous ne le pensons pas.

15. Si la chambre de langue française n'admet pas que la partie adverse remette en cause, au contentieux, la régularité d'une offre qu'elle a considérée comme étant régulière dans le cadre de l'examen des offres, c'est parce que le Conseil d'Etat refuse de se substituer à l'autorité administrative, à la demande de cette dernière, dans l'exercice qu'elle a fait de son pouvoir d'appréciation.

Le passage suivant de l'arrêt S.A. Veolia précité est particulièrement explicite à cet égard :

« Considérant que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, les offres déposées sont présumées régulières, sauf décision contraire et dûment motivée de l'autorité adjudicatrice; que le contrôle de cette régularité oblige ladite autorité à vérifier, lors de l'analyse des offres, leur conformité à l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges; que, dans la décision attaquée, la partie adverse n'a pas considéré l'offre de la demanderesse irrégulière; qu'elle ne serait pas recevable à s'en prévaloir à l'encontre du présent recours, dès lors qu'elle a estimé ne pas devoir s'y arrêter dans l'appréciation des offres; que, ce faisant, le Conseil d'Etat ne porte aucune appréciation sur les mérites de cette offre, mais se borne à tirer les conséquences

³³ C.E., arrêts SPRL Archi+1, n° 159.657 du 7 juin 2006 ; S.A. Entreprises Jan De Nul et crts, n° 176.389 du 31 octobre 2007 ; S.A. Veolia, n° 176.434 du 5 novembre 2007.

³⁴ C.E., arrêt Content Print Solutions et crts, n° 175.832 du 16 octobre 2007.

juridiques des appréciations portées par le pouvoir adjudicateur; que l'exception est rejetée »³⁵.

Il est vrai que l'autorité publique exerce généralement un pouvoir d'appréciation discrétionnaire lorsqu'elle examine la régularité des offres. Il en est ainsi notamment lorsqu'elle analyse le caractère normal ou anormal des prix, ou bien le caractère admissible ou non des dérogations au cahier des charges voire des réserves exprimées dans une offre³⁶.

La jurisprudence commentée s'applique précisément à de tels cas où un pouvoir d'appréciation est exercé.

Dans ce contexte, si le Conseil d'Etat admettait de remettre en question les appréciations portées par la partie adverse, à la demande de celle-ci, non seulement il ferait prévaloir l'appréciation juridictionnelle sur l'appréciation administrative mais encore et surtout, il permettrait à l'autorité de ne pas être fidèle aux positions qu'elle a adoptées elle-même dans la procédure de passation³⁷.

Cette jurisprudence rejoint ainsi la conception classique selon laquelle l'autorité ne peut remettre en cause, devant le Conseil d'Etat, la légalité de ses propres actes, selon ses intérêts dans le procès auquel elle est partie³⁸.

Par ailleurs, en jugeant que la partie requérante n'a pas intérêt à son recours puisque son offre devrait être déclarée irrégulière en cas de réfection après un arrêt d'annulation, le juge administratif présumerait de la manière dont l'autorité exercerait son pouvoir d'appréciation si elle était amenée à décider à nouveau. En réalité, le Conseil d'Etat dicterait même à l'administration la façon dont elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire, alors que le pouvoir d'appréciation est précisément celui qui permet à l'autorité de juger de la manière dont elle fait usage de sa compétence et de choisir, dans les limites qui lui sont tracées par la loi, parmi une gamme de solutions envisageables, également régulières, la solution qui lui paraît la plus opportune³⁹.

³⁵ Ce sont les auteurs de la présente contribution qui soulignent.

³⁶ A cet égard, voyez l'analyse de N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, pp. 765 et s., spéc. pp. 767 à 769.

³⁷ De ce point de vue, la situation dans laquelle le requérant, soumissionnaire évincé, conteste l'appréciation portée par la partie adverse sur la régularité de son offre ou de celle de l'attributaire est toute différente. Dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat admet que soit remise en question les appréciations portées par la partie adverse. Voyez en ce sens : En ce sens : C.E., arrêts *S.C.R.L. International Trade Corporation*, n°167.034 du 24 janvier 2007; *S.A.R.L. de droit congolais Afrique-Editions*, n°175.263 du 2 octobre 2007; *S.A. Priminfo*, n°173.988 du 14 août 2007 et *S.A. Petrus*, n°182.271, 23 avril 2008.

³⁸ Voyez J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 350 ; J. THEUNIS, « De exceptie van onwettigheid (art. 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden ? », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1266 et s., et les nombreuses références citées par ces auteurs. Adde : R. VAN MENSEL, « le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », in M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, à paraître aux éditions La Chartre en 2010.

³⁹ Cass., 24 novembre 2005, www.juridat.be, rôle C040317N ; Cass., 4 mars 2004, J.T., 2004, p. 382. Voyez à ce sujet B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Chartre, 2007, pp. 18 et s., ici p.31.

Comme le souligne la doctrine, le juge, fût-il administratif, ne peut faire œuvre d'administrateur⁴⁰. S'il le fait, il méconnaît le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, comme la Cour de cassation l'a souligné dans l'arrêt dit « Noordrand » du 4 mars 2004. Dans cet arrêt de principe, concernant les litiges relatifs aux plans de dispersion des vols de l'aéroport de Bruxelles-National, la Cour suprême a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en constatant qu'en privant l'administration de sa liberté de choix et en se substituant à elle, les juges d'appel avaient méconnu la séparation des pouvoirs⁴¹.

A cet égard également, la situation étudiée paraît différente de celle dans laquelle un soumissionnaire évincé conteste l'appréciation qui a été portée sur la régularité de son offre, voire sur celle des offres concurrentes. En effet, dans ces dernières hypothèses, le Conseil d'Etat juge de la légalité des appréciations qui ont été portées par la partie adverse dans le cadre de la procédure de passation contestée. Exerçant ainsi un contrôle de légalité qui relève entièrement de sa compétence. Il ne substitue pas sa propre appréciation à celle qui a été exprimée par le pouvoir adjudicateur.

16. Contrairement aux apparences, l'arrêt de la chambre de langue néerlandaise *Content Print Solutions et crts* ne nous semble pas constituer une rupture par rapport à la jurisprudence commentée ci-avant.

D'une part, dans le cas d'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, la partie adverse avait déclaré l'offre de la partie requérante irrégulière. Le Conseil d'Etat n'a pas censuré l'appréciation portée par l'autorité à cet égard. Il s'est borné à constater qu'existait une raison encore plus radicale de tenir l'offre de la requérante pour irrégulière : cette offre n'était pas signée.

L'arrêt ne contredit donc pas, à la demande de l'autorité administrative, une appréciation qu'elle aurait portée ; il ne permet donc pas à la partie adverse de changer d'opinion au sujet de l'appréciation de la régularité d'une offre.

D'autre part, le fait qu'une offre n'est pas signée est, à notre sens, plus qu'une irrégularité formelle. La signature de l'offre est une condition de son existence même. Et lorsque l'autorité constate qu'une offre non signée n'est pas une véritable offre, elle n'exerce guère une appréciation discrétionnaire mais elle se livre à un constat purement objectif qui est caractéristique d'une compétence liée. L'arrêt le souligne d'ailleurs en précisant qu'en cas d'annulation, l'offre de la requérante devrait à nouveau être écartée car elle est entachée d'un vice qui ne peut être couvert. L'autorité serait donc obligée d'écarter une telle offre non signée.

Pour ces deux raisons, la jurisprudence commentée ci-avant, relative à l'exercice du pouvoir d'appréciation ne nous paraît donc pas applicable à ce cas d'espèce.

En conclusion, il ne nous semble pas que l'on puisse parler de divergence de jurisprudences à propos de cette question.

⁴⁰ M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 383 et 384.

⁴¹ Cass., 4 mars 2004, note T. BOMBOIS, "Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique... Vol au dessus d'un nid de vipères?", *C.D.P.K.*, 2005, pp. 40 et s.

V. Variante libre irrégulière ou double offre ?

17. Une autre divergence d'approches entre les chambres de langues française et néerlandaise du Conseil d'Etat ne peut manquer d'étonner, dès lors qu'elle s'est manifestée à l'occasion de deux recours concernant le même marché de fourniture de menottes lancé par la Police fédérale.

Dans le cadre de ce marché, les soumissionnaires étaient autorisés à proposer une variante libre à la condition, prescrite par le cahier spécial des charges⁴², que cette solution alternative déroge au moins à une spécification technique de ce cahier des charges. Deux soumissionnaires avaient proposé, à côté de leur offre principale, des variantes libres mais celles-ci étaient irrégulières car elles ne dérogeaient, en réalité, à aucune des spécifications techniques du cahier des charges.

Dans l'un et l'autre cas, la Police fédérale avait considéré que chacun des soumissionnaires en cause avait déposé deux offres de base, entièrement conformes au cahier spécial des charges, en telle sorte que ces offres devaient toutes deux être déclarées irrégulières pour violation de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et aux concessions de travaux publics⁴³, qui se lit :

« Sans préjudice des variantes éventuelles chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une offre par marché ».

Les deux soumissionnaires ainsi évincés avaient saisis, l'un la XIIe chambre de langue néerlandaise du Conseil d'Etat, l'autre la VIe chambre de langue française⁴⁴.

Confirmant le raisonnement de la Police fédérale, la XIIe chambre a estimé que la partie requérante avait introduit deux offres de base et a jugé ces deux offres irrégulières car contraires à l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Le recours a donc été rejeté⁴⁵.

Pour sa part, la VIe chambre a jugé comme il suit :

« Il n'y a pas lieu de considérer, en l'espèce, que la demanderesse a déposé deux offres de base ; sans doute, elle s'est méprise sur le sens à donner au point 3.2 des spécifications techniques du cahier des charges ; néanmoins, elle a, clairement et sans ambiguïté, présenté une offre de base et une variante libre qu'elle a explicitée et justifiée ; la partie adverse a commis une erreur en qualifiant la variante litigieuse de

⁴² Conformément à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui prescrit que les variantes libres doivent respecter les conditions minimales et les exigences requises par le cahier des charges pour leur soumission.

⁴³ Dont l'équivalent est, pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux, l'article 91 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁴⁴ Ce que permet, en matière de marchés publics passés par des autorités fédérales, l'article 53 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, dès lors que le requérant n'est pas soumis au respect de la législation linguistique et peut introduire son recours dans la langue de son choix.

⁴⁵ C.E., arrêt B.V.B.A. Uniform Diffusion, n° 168.570 du 6 mars 2007.

seconde offre de base eu égard au contenu de la soumission ; l'irrégularité de la variante libre n'entraîne pas celle de l'offre de base »⁴⁶.

En somme, la chambre de langue française tient compte de la volonté exprimée par le soumissionnaire et de la qualification qu'il a donnée à son offre de base et à sa variante. Elle se refuse donc à faire subir au soumissionnaire les conséquences lourdes d'une erreur d'interprétation des conditions prescrites par le cahier des charges pour que soit admise une variante libre.

De son côté, la chambre de langue néerlandaise ne prend pas en considération la qualification que le soumissionnaire a donnée lui-même à ses offres. Elle privilégie le résultat atteint par l'opération, ses conséquences concrètes, sur la volonté exprimée par la soumissionnaire.

18. La règle selon laquelle chaque soumissionnaire ne peut en principe déposer qu'une offre par marché, désormais consacrée par la réglementation⁴⁷, vise à éviter les manipulations et les manœuvres irrégulières. Chaque soumissionnaire doit déposer sa meilleure offre ; il ne peut donc déposer plusieurs offres pour le même marché, ce qui permet une comparaison objective et juste avec les autres offres, dans le respect du principe d'égalité⁴⁸.

Comme le précise le Rapport au Roi publié au Moniteur belge⁴⁹, l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (tout comme l'article 91 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996) est une disposition nouvelle par rapport à la réglementation antérieure ; son but est de transcrire les enseignements de la jurisprudence.

En particulier, un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 13 décembre 1995 avait jugé ce qui suit :

« Considérant que l'arrêté royal du 22 avril 1977 impose des conditions sévères afin de garantir l'égalité des soumissionnaires concurrents et de permettre un choix objectif entre ces soumissionnaires, voire d'exclure tout soupçon d'irrégularité quant aux différentes opérations ; que l'introduction de plusieurs exemplaires non identiques d'une soumission, sans qu'il existe le moindre motif acceptable de le faire, peut donner lieu à une irrégularité et est susceptible, en tout état de cause, de faire naître une présomption d'irrégularité ; qu'un tel procédé est incompatible avec l'économie de la législation et de la réglementation en matière de marchés publics, qui tend à ce que les soumissionnaires fassent connaître leurs prix de manière certaine, afin de permettre une comparaison qui constitue l'essence de la procédure d'adjudication et d'appel d'offres ; qu'à juste titre, la partie adverse soutient que, s'il en était jugé autrement, comme le fait la partie requérante, l'application des dispositions de l'arrêté royal précité serait rendue impossible ou dénuée de sens, il pourrait en résulter des situations absurdes – puisque, dans ce cas, l'on devrait également considérer comme permis qu'un même entrepreneur introduise pour un seul marché un nombre illimité de soumissions – et des manipulations

⁴⁶ C.E., S.A. Alex, n° 168.573 du 7 mars 2007.

⁴⁷ Pour rappel : article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et article 91 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

⁴⁸ Voyez L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 399 et s., ici p. 467.

⁴⁹ *Mon. b.* du 26 janvier 1996, p. 1546.

éventuelles seraient rendues plus aisées, comme par exemple en cas d'application de l'article 25, § 3 de l'arrêté précité⁵⁰ ;

Considérant que, vainement, la partie requérante soutient qu'elle avait un motif valable pour introduire deux soumissions différentes, à savoir, la présentation de boîtes à filtre chaque fois conforme, comportant d'une part des filtres à double scellage et un emballage lourd et, d'autre part, un scellage unique et un emballage moins lourd ; que l'introduction d'une soumission pour un produit conforme, mais qualitativement supérieur à ce qui était prévu par le cahier spécial des charges, ne peut constituer un motif valable pour introduire, outre la première soumission, une seconde soumission, plus intéressante au niveau du prix ; que pareil procédé rend impossible une comparaison objective des soumissions et, en outre, ouvre la voie à des abus et à la fraude ; qu'en cas d'adjudication et d'appel d'offres, le seul motif admissible pour introduire plusieurs soumissions pour un même marché doit être fourni par le cahier spécial des charges lui-même, à savoir, lorsque celui-ci autorise ou impose des variantes, ou encore, permet des suggestions en cas d'appel d'offres ; que telle est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 27, § 1^{er} de l'arrêté royal du 22 avril 1977 fait état de « soumissions déjà envoyées ou remises (...) »⁵¹.

Après l'adoption de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ainsi que de l'article 91 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, la doctrine et la jurisprudence ont interprété ces dispositions en restant fidèle aux arrêts du Conseil d'Etat qui les a inspirées.

Il a ainsi été jugé qu'un soumissionnaire ne pouvait pas proposer au pouvoir adjudicateur une offre sous forme de catalogue, comprenant diverses propositions alternatives entre lesquelles l'autorité est obligée de choisir. Cette manière de faire a été jugée contraire au principe d'égalité, dès lors que le soumissionnaire en cause vise à augmenter ses chances d'obtenir le marché par rapport à ceux qui ont respecté la règle et se sont bornés à déposer une seule offre⁵².

Dans le cas où le même soumissionnaire dépose deux offres pour le même marché, ces deux offres doivent être déclarées irrégulières⁵³.

En effet, il n'est généralement pas possible, dans un tel cas, de distinguer parmi les deux offres, celle qui est critiquable car elle peut cacher une manœuvre irrégulière ou un abus, de celle qui ne le serait pas. Il suffit de penser à l'hypothèse des prix anormaux⁵⁴ ou des

⁵⁰ Cette disposition de l'arrêté royal du 22 avril 1977 concernait la vérification, dans le cadre de l'examen de la régularité des offres, du caractère anormalement bas ou haut des prix.

⁵¹ C.E., arrêt S.A. Drager Ballings, n° 57.019 du 13 décembre 1995. Voyez aussi l'arrêt Vandekerckhove, n° 9032 du 10 avril 1962.

⁵² C.E., arrêt S.A. J.-C. Decaux Belgium Publicité, n° 81.861 du 15 juillet 1999. En ce sens, consultez D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, p. 509; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., p. 788.

⁵³ C.E., arrêts S.A. J.-C. Decaux Belgium Publicité, n° 81.861, précité; Applied Law Enforcement Expertise, n° 168.573 du 7 mars 2007; N.V. CCV Cardfon, n° 182.224 du 22 avril 2008. En doctrine, voyez N. KIEKENS, *ibid.*, p. 790; B. SCHUTYSER, « De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2006-2007) », *T. Gem.*, 2008, p. 185; J. VERMANDER, « Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren – Een beknopte leiraad », 1997, p. 125.

⁵⁴ Expressément évoquée par les arrêts précités du Conseil d'Etat, en particulier l'arrêt S.A. Drager Ballings du 13 décembre 1995.

ententes, voire au cas où une offre « catalogue » est déposée afin de tenter de séduire le pouvoir adjudicateur en lui donnant un choix que ne proposent pas les autres soumissionnaires. En réalité, c'est le fait même de déposer deux offres qui est constitutif d'un risque d'abus ou de fraude.

19. Dans le cas qui retient notre attention, les soumissionnaires concernés au marché de fournitures de menottes de la Police avaient proposé deux solutions alternatives sur le plan technique, toutes deux entièrement conformes aux prescriptions du cahier des charges. Il n'était pas contestable que, dans les deux cas, la solution présentée comme une variante ne répondait pas aux conditions prescrites par le cahier des charges pour le dépôt d'une variante libre.

Dans ce contexte, la chambre de langue néerlandaise nous semble faire une application correcte des principes énoncés ci-avant.

La solution donnée au litige par la VI^e chambre nous semble plus critiquable. Elle ne sanctionne pas le dépôt de deux offres de base et se borne à déclarer irrégulière l'offre qualifiée de variante par la partie requérante. En revanche, l'offre qualifiée par la requérante d'offre de base est considérée comme régulière, alors pourtant que la coexistence de deux offres de base pouvait constituer en l'espèce, à tout le moins une violation du principe d'égalité – le pouvoir adjudicateur se voyait proposer un choix entre deux solutions conformes au cahier des charges, alors que les autres soumissionnaires se sont bornés à proposer une seule solution -.

Qui plus est, l'arrêt commenté de la chambre de langue française se base sur ces critères de nature subjective pour « sauver » l'offre de base de la partie requérante. Il attache une grande importance au fait que le soumissionnaire a qualifié ses offres respectivement d'offre de base et de variante, et en déduit que sa volonté semblait bien être de déposer une variante libre et non pas de violer les règles en déposant deux offres de base concurrentes. En d'autres termes, le Conseil d'Etat semble considérer que le soumissionnaire s'est trompé sur la qualification de sa variante mais cela ne paraît pas volontaire en sorte qu'il n'y aurait pas lieu de craindre un abus ou une manœuvre irrégulière.

Il nous semble, pour notre part, que le rôle du juge administratif n'est pas d'ainsi « sonder les reins et les cœurs ». Si le Conseil d'Etat accepte de faire usage de tels critères subjectifs, il n'est pas certain – loin s'en faut – qu'il sera toujours en mesure de décider avec certitude si les intentions des soumissionnaires sont pures. A tout le moins, cette manière de voir ne semble pas préserver la sécurité juridique quant à la régularité des offres.

VI. Is het instellen van een verzoek tot schorsing (bij UDN) tegen een toewijzingsbeslissing een daad van dagelijks bestuur ?

20. Tot voor het arrest dd. 10 december 2002⁵⁵ van de algemene vergadering van de Raad van State, bestond er tegenstrijdige rechtspraak over de vraag of het instellen van een annulatieberoep (in bepaalde gevallen) een handeling van dagelijks bestuur kan uitmaken⁵⁶. Een en ander is – i.t.t. voor procedures bij de burgerlijke rechter – van groot belang, aangezien de Raad van State (desgevallend ambtshalve) toetst of het bevoegde orgaan van een rechtspersoon tot het instellen van de procedure heeft besloten⁵⁷. De Raad van State interpreteert het mandaat ad litem van een advocaat daarenboven op restrictieve (en o.i. meer correcte) wijze. Volgens de rechtspraak van de Raad van State heeft het wettelijk vermoeden van art. 440 Ger.W. enkel betrekking op het feit dat een mandaat werd verleend aan de advocaat, maar impliceert dit niet dat (tot bewijs van het tegendeel) de rechtspersoon ook op rechtsgeldige wijze beslist heeft om in rechte op te treden⁵⁸.

In het arrest van 10 december 2002 beslechtte de Algemene Vergadering van de Raad van State die discussie alvast in het nadeel van de voorstanders van de “dagelijks bestuur”-benadering. In vrij absolute termen stelt dit arrest dat een verzoekschrift tot nietigverklaring van een administratieve handeling, wegens de aard van een dergelijk verzoekschrift, nooit als een handeling van dagelijks bestuur kan worden beschouwd. Het strekt er immers toe een administratieve handeling met retroactief effect uit de rechtsorde te doen verdwijnen :

“dat de beslissing om een beroep tot nietigverklaring van een bestuurshandeling in te stellen bij de Raad van State, vanuit dat oogpunt, niet mag worden beschouwd als een handeling die onder het begrip "dagelijks bestuur" valt, daar ze vanwege haar doel verder reikt dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap en het geenszins om een handeling van "gering belang" gaat, aangezien zo'n beroep tot doel heeft een uitvoerbare handeling van een overheidsinstantie met terugwerkende kracht uit de rechtsordening te laten verdwijnen; dat daaruit volgt dat de beslissing om bij de Raad van State annulatieberoep in te stellen buiten het wettelijke kader van het dagelijks bestuur valt.”

⁵⁵ R.v.St. (A.V.) 10 december 2002, nr. 113.490. Zie over dit arrest o.m. O. CAPRASSE, "Le délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoirs" in CDVA (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, 104-106; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 772-773 ; P. MALHERBE, "Réception de la société anonyme au Conseil" in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 709-713.

⁵⁶ De overheersende rechtspraak en rechtsleer ging er voor dit arrest ook al vanuit dat een annulatieberoep nooit een zaak van dagelijks bestuur kon uitmaken (zie hierover o.m. J. BAERT en G. DEBERSAQUES, Raad van State afdeling administratie. *Ontvankelijkheid*, Brugge, die keure, 1996, 157 en S. DE TAEYE, *Procedure voor de Raad van State*, Antwerpen, Kluwer, 2003, 68-69 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Een arrest van 23 oktober 2001 (nr. 100.117) leek daarentegen wel te aanvaarden dat een annulatieberoep instellen in bepaalde gevallen een daad van dagelijks bestuur kan uitmaken.

⁵⁷ Zie hierover o.m. R. STEVENS, *Raad van State afdeling bestuursrechtspraak. Het procesverloop*, Brugge, Die Keure, 2007, 90 en 536.

⁵⁸ Dit verschil tussen de rechtspraak van de Raad van State en Cassatie werd door het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk verenigbaar geacht met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, dit gelet op de eigen aard van de procedure voor de Raad van State (zie Arbitragehof nr. 42/98, 22 april 1998 en J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *Raad van State afdeling administratie. Ontvankelijkheid*, Brugge, die keure, 1996, 190-195; S. DE TAEYE, *Procedure voor de Raad van State*, Antwerpen, Kluwer, 2003, 66-67; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2004, 505-506; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 775-777.

Voor zover ons bekend, is de Raad van State nadien niet meer van de leer van dit arrest afgeweken⁵⁹.

21. Vóór het arrest van 10 december 2002 werd anderzijds voor het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, geoordeeld dat dit wel kan door of op instructie van het orgaan van dagelijks bestuur, op voorwaarde dat de raad van bestuur dit vervolgens zo spoedig mogelijk bekrachtigt en dat concrete omstandigheden doen blijken dat de raad van bestuur onmogelijk vooraf tijdig kon worden bijeengeroepen⁶⁰.

Aangezien het arrest van de algemene vergadering van 2002 zich enkel had uitgesproken over het instellen van een beroep tot vernietiging, bleef de vraag of de vermelde rechtspraak inzake schorsing (bij UDN) ook zou (moeten) worden bijgestuurd.

22. De hieronder besproken arresten die allen dateren van na het arrest van 10 december 2002 geven aan dat de discussie hierover nog niet is gesloten.

In deze zaken werd over het instellen van een verzoek tot schorsing telkens beslist door een orgaan dat enkel bevoegd is inzake het dagelijks bestuur. Opnieuw blijkt dat de Nederlands- en Franstalige kamers van de Raad van State in die vergelijkbare omstandigheden tot een verschillend oordeel komen.

23. In het arrest dd. 20 december 2007 (nr. 178.138) doet de Franstalige VIe Kamer uitspraak over een verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de uitvoering van de beslissing dd. 26 november 2007 van het college van Burgemeester en Schepenen van Charleroi tot toekenning van een overheidsopdracht. Het verzoekschrift werd ingediend door de tijdelijke handelsvennootschap (voortaan THV) van de BVBA Atelier d'architecture et d'urbanisme Jean-Marc Hubert en de NV Arcadis-Fally.

Aangezien een tijdelijke handelsvennootschap in het Belgisch recht geen rechtspersoonlijkheid heeft, moeten voor de Raad van State alle leden van de THV een regelmatig verzoekschrift indienen om in rechte op te treden⁶¹. Dit gebeurde ook, maar het verzoekschrift werd namens de NV Arcadis-Fally (slechts) gesteund op een beslissing van de gedelegeerd bestuurder van de vennootschap. De statuten van deze NV bepaalden hierbij daarenboven dat de gedelegeerd bestuurder de vennootschap alleen in rechte kon vertegenwoordigen binnen de limieten van de hem toegekende bevoegdheden en beperkt tot de handelingen van dagelijks bestuur.

De Raad van State diende zich dan ook uit te spreken over de vraag of het instellen van het verzoek tot UDN-schorsing in die "handelingen van dagelijks bestuur" in te passen viel.

⁵⁹ Zie RvS nr. 140.740 van 16 februari 2005, *TRV* 2007, 181, noot C. CLOTTENS, *RW* 2006-07, 1198-1199; RvS nr. 152.522 van 12 december 2005, *TRV* 2006, 50, noot C. CLOTTENS, "De (niet-)ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een NV".

⁶⁰ RvS nr. 78.466 van 1 februari 1999; RvS nr. 54.919 van 5 september 1995; RvS nr. 40.134 van 21 augustus 1992; S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State*, Recht en Praktijk nr. 32, Mechelen, Kluwer, 2003, 70-71; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge, Die Keure, 2005, 674.

⁶¹ Op de discussies die ter zake bestaan wordt hier niet nader ingegaan. Zie voor enkele recente bedenkingen ter zake het verslag van Auditeur J. STEVENS bij R.v.St. nr. 194.336 van 18 juni 2009 en de reactie hierop van C. DE WOLF, *T.Aann.*, 2009, 305-355.

Hiertoe vertrok de Raad van de definitie van handelingen van dagelijks bestuur, zoals die ook in de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt gehanteerd :

“qu'il convient d'entendre par "actes ou opérations de gestion journalière des affaires d'une société" ceux qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société et ceux qui, tant en raison de leur peu d'importance qu'en raison de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même”

Hierop voortbouwend, oordeelde de Raad van State vervolgens dat het indienen van een verzoekschrift tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid, net zomin als een annulatieberoep, beschouwd kan worden als een handeling van dagelijks bestuur, in het bijzonder omdat zulk verzoekschrift tot doel heeft het uitvoerbaar karakter van een overheidsbeslissing teniet te doen:

“qu'à ce point de vue, la décision d'introduire devant le Conseil d'Etat une demande de suspension de l'exécution d'un acte administratif ne saurait être regardée comme relevant de la notion de gestion journalière, dans la mesure où, en raison même de son objet, elle excède les besoins de la vie quotidienne de la société et où il ne s'agit aucunement d'un "acte de peu d'importance", puisqu'un tel recours tend à priver dans l'ordonnement juridique un acte posé par une autorité publique de sa force exécutoire; qu'il s'ensuit que la décision d'agir en suspension devant le Conseil d'Etat excède les limites légales de la gestion journalière et ne pouvait être prise en l'occurrence que par le conseil d'administration, ou, en vertu de l'article 20 des statuts précité, "par deux administrateurs agissant conjointement”

Het verzoekschrift werd op die gronden als onontvankelijk door de Raad van State verworpen.

24. In het arrest dd. 28 november 2008 (nr. 188.377) diende dezelfde VIe Kamer zich uit te spreken over een grotendeels zelfde situatie als in het hierboven besproken arrest.

Op 13 november 2008 werd er een verzoekschrift ingediend door een THV gevormd door de MIVB, de NV naar Frans recht Transdev, de vzw Pro vélo en de NV Clear Channel Belgium. Het verzoekschrift had tot doel de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te doen bevelen van de uitvoering van de gunningbeslissing dd. 13 november 2008 tot toekenning van een concessie opdracht aan de NV JC Decaux. Ook in dit geval werd vereist dat alle leden van de THV een regelmatig verzoekschrift indienden. De beslissing om in rechte op te treden werd ditmaal voor de NV Clear Channel Belgium gezamenlijk genomen door de gedelegeerd bestuurder en door een hiertoe gemachtigde bestuurder, die opnieuw evenwel statutair uitsluitend over een bevoegdheid inzake dagelijks bestuur beschikten.

De Franstalige VIe Kamer bevestigde hierop haar rechtspraak dat het indienen van een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid geen handeling van dagelijks bestuur is:

“Considérant, d'une part, que la décision d'introduire une demande en suspension d'extrême urgence auprès du Conseil d'Etat n'est pas un acte de gestion journalière et ne

relève donc pas de la délégation prévue par l'article 9 des statuts de la requérante; qu'elle devait en principe être prise par le conseil d'administration"

Het verzoekschrift tot schorsing bij UDN werd derhalve opnieuw als niet ontvankelijk verworpen.

25. In een arrest van 29 december 2006 (nr. 166.335) heeft de Nederlandstalige XIIe Kamer dan weer geoordeeld dat het instellen van een UDN-verzoekschrift wel degelijk (nog steeds) een handeling van dagelijks bestuur kan uitmaken.

Deze zaak had wel geen betrekking op een overheidsopdracht. Daarentegen betrof het een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de burgemeester van de stad Menen om de door verzoekster uitgebatede dancing voor twee maanden te sluiten. Toch lijkt het arrest ons interessant voor de voorliggende problematiek. Voor zover wij hebben kunnen nagaan, is het immers het enige arrest waarin een Nederlandstalige Kamer van de Raad van State zich heeft uitgesproken over de vraag of een orgaan van dagelijks bestuur van een naamloze vennootschap op ontvankelijke wijze een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan indienen.

Ook de Nederlandse Kamer van de Raad van State vertrekt van dezelfde definitie van "handeling van dagelijks bestuur" als die van de Franstalige Kamer en het Hof van Cassatie :

"onder een handeling van dagelijks bestuur wordt verstaan die welke door het dagelijks leven van de vennootschap vereist wordt of die welke zowel wegens haar gering belang als wegens de noodzakelijkheid van een snelle oplossing de tussenkomst van de raad van bestuur zelf niet rechtvaardigt"

In tegenstelling tot de Franstalige Kamer, wordt echter (zonder dat hier veel overwegingen aan worden besteed) geoordeeld dat het instellen van een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wel degelijk "*aan deze omschrijving beantwoordt*" en derhalve een daad van dagelijks bestuur uitmaakt. Het verzoekschrift werd bijgevolg ontvankelijk verklaard.

26. Wat het Nederlandstalige arrest betreft, kan worden betreurd dat er geen nadere overwegingen werden gewijd aan de redenen waarom de Raad de beslissing als "van dagelijks bestuur" aanmerkte. Het blijft dan ook onduidelijk of de Raad tot zijn besluit kwam, omdat hij van oordeel was dat een UDN-verzoek past in "*het dagelijks leven van de vennootschap*"⁶², omdat hij meende dat de zaak spoedeisend én van gering belang was, dan wel omdat hij van oordeel was het volstaat dat een zaak spoedeisend is om van dagelijks bestuur te kunnen spreken.

⁶² Het instellen van rechtsvorderingen en de vertegenwoordiging in rechte zal doorgaans niet tot de courante activiteiten van een rechtspersoon behoren en dan ook doorgaans niet op deze grond onder het "dagelijks bestuur" kunnen worden gevat. Het is o.i. in uitzonderlijke gevallen echter toch mogelijk dat dit, wegens de activiteit die de rechtspersoon tot doel heeft, wel het geval is (zie in die zin o.m. ook O. CAPRASSE, "Le délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoirs" in CDVA (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, 105.

De Franstalige VIe Kamer van de Raad heeft alvast wel uitdrukkelijk aangegeven dat het voor haar niet volstaat dat een zaak spoedeisend is om deze als van “dagelijks bestuur” te kwalificeren. Indien een handeling niet “*door het dagelijks leven van de vennootschap vereist wordt*”, zal voor de Franstalige VIe Kamer van de Raad dan ook slechts vallen onder het “dagelijks bestuur” indien deze én een gering belang heeft én spoedeisend is. Voor een UDN-vordering (en allicht bij uitstek dan ook een gewone vordering tot schorsing) is hieraan – aldus de VIe Kamer – niet voldaan aangezien zulke handeling “uit haar aard” geen gering belang heeft.

Die cumulatieve lezing (spoedeisend én van gering belang) wordt in bepaalde rechtsleer weliswaar sterk bekritiseerd⁶³, maar sluit wel aan bij de traditionele invulling van het begrip door het Hof van Cassatie, zoals dit recent nog werd bevestigd in een arrest van 26 februari 2009⁶⁴.

VII. Is de beslissing om (voorlopig) met een bepaalde kandidaat (finaal) te onderhandelen een aanvechtbare beslissing ?

27. De aanvechtbaarheid van bepaalde voorbeslissingen en de mogelijkheid om (via de theorie van de complexe rechtshandeling) de onwettigheid van bepaalde beslissing te blijven aanvoeren als middel tegen latere beslissingen, is (naast de rechtspraak over het MTHEN) allicht het meest bekende en becommentarieerde⁶⁵ voorbeeld van de tegenstrijdige visies van de Nederlandstalige en Franstalige kamers van de Raad van State in het overheidsopdrachtencontentieux. Zoals hierboven reeds werd aangegeven, beoogde het arrest Labonorm van 2 december 2005⁶⁶ van de algemene vergadering van de Raad van State, aan de divergenties over beide cruciale vragen inzake de rechtsbescherming bij overheidsopdrachten een einde te stellen.

We wezen er hiervoor echter ook al op dat het Labonorm-arrest desondanks niet tot een volledige eenvormigheid van de rechtspraak heeft geleid. Eenzelfde besluit lijkt zich op te dringen met betrekking tot een andere interessante rechtsvraag inzake het overheidscontractencontentieux. Het betreft de vraag of de beslissing van een aanbestedende overheid om met één kandidaat verder te onderhandelen een autonome aanvechtbare beslissing uitmaakt, zelfs indien de overheid de mogelijkheid behoudt om die onderhandelingen stop te zetten en onderhandelingen met de eerstvolgend gerangschikte te starten.

⁶³ Zie o.m. R. JAFFERALI, *L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'Etat*, C.D.P.K., 2006, 634-635; C. CLOTTENS, *"De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte"*, TRV 2009, 444-452; E. VAN NUFFEL, *"La représentation des personnes morales devant le Conseil d'Etat [...] »*, J.T., 2007, 275.

⁶⁴ Cass., 26 februari 2009 (Gemeente Elsene / NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw'), TRV 2009, afl. 5, 444.

⁶⁵ Zie over deze problematiek onder mee (naast de bespreking in meer algemene werken) COOLSAET, A., *"De aanvechtbaarheid van voorbereidende handelingen in het raam van de gunning van een overheidsopdracht: de knoop is doorgehakt"*, T.Gem. 2006, afl. 1, 51-52; FLAMEY, P. en MAN, K., *"Het verlies van belang in hoofde van kandidaat-aanemers bij de aanvechting van de beslissingen die deel uitmaken van de gunningsprocedure"*, T.Aam. 2007, afl. 3, 238-250; MOSSLMANS, J., *"Het Labonorm arrest: voorbij de impasse van de complexe rechtshandeling - nieuwe vragen inzake ISO-certificaten"*, CDPK 2006, afl. 3, 754-762; VANTORRE, D., *"Het rechtens vereiste belang in het overheidsopdrachtencontentieux, de Raad preciseerd"*, RABG 2006, afl. 15, 1111-1120. VERBIST, S., *"De theorie van de complexe administratieve rechtshandeling vereenvoudigd?"*, RABG 2006, afl. 15, 1103-1109.

⁶⁶ R.v.St. (alg. verg.) nr. 152.173, 2 december 2005.

28. Een eerste zaak waar deze vraag (na het Labonorm-arrest) aan bod kwam, betreft het arrest nr. 165.959 van de Franstalige VIe Kamer van 14 december 2006.

De feiten van deze zaak kunnen als volgt worden samengevat.

Op 20 november 2006 diende verzoekende partij (Telenet Bidco NV) een verzoekschrift in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de uitvoering van de beslissingen van 8 intercommunales. Deze beslissingen strekten ertoe om het aanbod gedaan door het consortium samengesteld uit Ale en Brutele te verkiezen boven dat van de andere kandidaten voor de verkoop van de kabeldistributieactiviteiten van de intercommunales. De bestreden beslissingen hielden wel nog niet in dat de verkoop werd toegewezen, maar wel dat exclusieve onderhandelingen zouden worden aangeknoopt met Ale-Brutele op basis van hun bod.

De Raad van State besloot hier dat geen sprake was van een aanvechtbare voorbeslissing die op zich reeds het voorwerp van een vernietigings- of schorsingsberoep kon uitmaken :

“dat daaruit volgt dat, ondanks de bewoordingen van de bestreden handelingen, waarin staat dat “de kandidaturen van ALTICE en TELENET in het kader van het project Câble Wallonie Vik - 17.283 - 17.285 - 17.294 - 17.297 - 17.303 - 17.309 - 17.308 - 17.319 - 18/20 worden geweerd”, de verwerende partijen in rechte daarin geen definitieve administratieve beslissing hebben kunnen nemen ten aanzien van ALTICE en TELENET, in tegenstelling tot wat gebeurt wanneer een overheid een kwalitatieve selectie maakt met toepassing van de relevante bepalingen van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; dat, als de onderhandelingen met de gekozen partner (die slechts “onder voorbehoud” is gekozen, wat bevestigt dat niets definitief is) op niets zouden uitlopen, niets - en in het bijzonder niet de bestreden handelingen - hen verbiedt de onderhandelingen met de verzoekende partij te hervatten; dat, inzonderheid, de tussenkommende partijen dat niet mogen beschouwen als een onwettige intrekking van beslissingen die rechten voor hem zouden hebben doen ontstaan; dat de bestreden handelingen ten aanzien van de verzoekende partij, aangezien ze niet het dwingende karakter hebben dat eigen is aan administratieve handelingen, geen tussenhandelingen zijn; dat ze deel uitmaken van een onderhandelingsproces dat aan het sluiten van een overeenkomst voorafgaat, dat gekenmerkt wordt door contractuele vrijheid, dat geen verband houdt met het administratief recht en dat, in voorkomend geval, pas op de dag dat de verwerende partijen werkelijk besluiten om een participatie van 100% in het kapitaal van Newco toe te kennen aan de partner waarmee de onderhandelingen tot een goed eind konden worden gebracht, kan uitmonden in een administratieve handeling die vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring en die, voor zover de andere voorwaarden vervuld zijn, in aanmerking komt voor een vordering tot schorsing; dat de vorderingen tot schorsing gericht zijn tegen de uitvoering van handelingen waartegen geen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld;”.

De Franstalige VIe Kamer van de Raad van State lijkt derhalve van oordeel dat de beslissing om slechts met één kandidaat finale contractonderhandelingen aan te knopen, geen “voorbeslissing” uitmaakt in de zin van Labonorm-rechtspraak. Volgens de Raad is er immers geen sprake van “definitieve rechtsgevolgen” ten aanzien van de kandidaten die niet tot die onderhandelingen uitgenodigd worden. Met name de mogelijkheid die –

volgens de Franstalige VIde Kamer - buiten het kader van de wetgeving overheidsopdrachten zou bestaan om met de niet-uitgenodigde kandidaten alsnog onderhandelingen aan te knopen indien de gesprekken met de eerstverkorene op niets zouden uitdraaien, ontnemt aan zulke beslissingen hun definitief griefhoudend karakter en dus de aanvechtbaarheid.

29. Ook de Nederlandstalige (XIIe) Kamer van de Raad van State heeft zich nadien uitgesproken over de vraag over de beslissing om bepaalde kandidaten niet uit te nodigen voor (finale) onderhandelingen een aanvechtbare beslissing uitmaakt (arrest nr. 185.407 van 15 juli 2008).

Deze zaak had betrekking op een oproep tot kandidaten (buiten de wetgeving overheidsopdrachten) waarmee het Havenbedrijf Antwerpen een samenwerkingsovereenkomst zou afsluiten voor de realisatie van windmolens in het Havengebied (rechteroever).

Na een aantal onderhandelingsrondes met de kandidaten, werd door het Havenbedrijf besloten om met één van de kandidaten over de uitbouw van het project windmolenpark exclusieve onderhandelingen aan te knopen. Hierbij werd uitdrukkelijk gesteld dat dit niet betekende dat de overige kandidaten absoluut en definitief uitgesloten werden van iedere kans om de samenwerkingsovereenkomst in de wacht te slepen. Indien de onderhandelingen met de eerstgerangschikte mislukten, zouden onderhandelingen met de overige kandidaten worden aangeknoopt in volgorde van hun rangschikking.

Voor de Raad van State werd hierop (naast tegen de uiteindelijke beslissing om het contract toe te wijzen, ook) een annulatieberoep ingesteld tegen de beslissing om exclusieve onderhandelingen aan te knopen met de eerstgerangschikte kandidaat. In het verlengde van het arrest van de Franstalige VIe Kamer kon worden verwacht dat het beroep onontvankelijk zou worden verklaard in de mate het gericht was tegen deze beslissing. De Franstalige Kamer steunde zich immers precies op het feit dat met de niet-uitgenodigde kandidaten alsnog onderhandelingen konden worden aangeknoopt, om te besluiten dat de beslissing geen definitief griefhoudend karakter had.

De Nederlandstalige XIIe Kamer oordeelde daarentegen als volgt :

“De tussenkomende partijen voeren voorts een exceptie aan gesteund op de ontstentenis van belang in hoofde van de verzoekende partij : wat de eerste twee aangevochten beslissingen betreft omdat het “voorbeslissingen” zijn die slechts een “tussentijdse schakel in de gunningsprocedure zijn [...]. De beslissing van 25 februari 2003, eerste voorwerp van het beroep, om de verzoekende partij als tweede te rangschikken, exclusief onderhandelingen aan te gaan met de tussenkomende partijen en geen onderhandelingen et de verzoekende partij, tenzij de onderhandelingen met de tussenkomende partijen mislukken, is griefhoudend voor de verzoekende partij, met dadelijke rechtsgevolgen, en is aldus een aanvechtbare beslissing.”

30. Opnieuw lijkt de Nederlandstalige en Franstalige rechtspraak van de Raad dus een belangrijke divergentie te vertonen. We betwijfelen of er in dit geval bepaalde feitelijke of juridische verschillen tussen beide zaken, die de diametraal tegenovergestelde posities kunnen verantwoorden.

Telkens was immers duidelijk dat de aangevochten beslissingen (minstens in de lezing van de Raad) geen absoluut onherroepelijk karakter vertoonden voor de kandidaten die niet uitgenodigd werden voor verdere onderhandelingen. In de Franstalige zaak werd dit door de Raad van State (zij het enigszins bevreemdend, tegen de bewoordingen van de beslissing in) afgeleid uit een algemene mogelijkheid die de overheid (buiten de wetgeving overheidsopdrachten zou hebben om exclusieve onderhandelingen stop te zetten en vervolgens te onderhandelen met de niet-uitgenodigde kandidaten. In de zaak voor de Nederlandstalige Kamer werd die “terugkeermogelijkheid” dan weer uitdrukkelijk door de overheid gewild en in de beslissing vooropgesteld.

In beide gevallen betrof het bovendien contracten die niet onderworpen waren aan de reglementering overheidsopdrachten, zodat ook hierin geen onderscheid kan worden gevonden dat de verschillende benadering kan verantwoorden.

Er kan dan ook enkel de hoop worden uitgedrukt dat de eenheid van de rechtspraak op dit punt spoedig wordt hersteld. Mogelijks kan de leer van het Labonorm-arrest hier inspiratie brengen. De rechtspraak van de Nederlandstalige kamer lijkt ons alvast minstens een (te?) inventieve nuancering van de Labonorm-rechtspraak te betreffen. Volgens het arrest van de algemene vergadering, is immers slechts sprake van een aanvechtbare “voorbeslissing” indien deze de inschrijver uitsluit van elke kans tot deelname aan de opdracht en zodoende op toewijzing...

VIII. La perte d'un marché public constitue-t-elle un risque de préjudice grave difficilement réparable ?

30. L'article 17, § 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose que la suspension de l'exécution d'un acte administratif ne peut être ordonnée par la section du contentieux administratif que si deux conditions sont remplies : la demande de suspension doit invoquer des moyens sérieux et l'exécution immédiate de l'acte attaqué doit risquer de causer un préjudice grave difficilement réparable. Ces deux conditions de fond du référé administratif sont distinctes et cumulatives⁶⁷.

Dans le contentieux des marchés publics, la question a été longtemps controversée de savoir si le Conseil d'Etat pouvait encore suspendre l'exécution de la décision d'attribution d'un marché public après la conclusion du contrat avec l'attributaire. Les chambres de langue française du Conseil d'Etat considéraient que, dans cette hypothèse, une suspension est sans intérêt puisqu'elle reste sans effet direct sur le contrat conclu. En revanche, les chambres de langue néerlandaise acceptaient de prononcer une telle suspension, dans l'espoir que l'autorité administrative en tire les conséquences en dénonçant le contrat, voire que le juge judiciaire annule le contrat en raison d'une cause de nullité d'ordre public. Il a été mis fin à cette controverse par l'arrêt d'assemblée générale du 15 juin 2000 qui épouse la « thèse francophone »⁶⁸. Depuis 2000, il est donc

⁶⁷En matière de marchés publics : C.E., arrêt S.A. Entreprises Jan De Nul et crts, n° 139.471 du 18 janvier 2005.

⁶⁸C.E. (A.G.), Feyer-Formanova, n° 87.983 du 15 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 4 ; *R.W.*, 2000-2001, n° 6, p. 196 ; *C.D.P.K.*, 2001, p. 57, obs. P. FLAMEY et J. GHYSELS. Voyez aussi, sur cet arrêt et la jurisprudence divergente qui l'a précédé, la note de F. GOSSELIN et N. VAN LAER, in *A.P.T.*, 2001/2, pp.

acquis que le Conseil d'Etat ne peut utilement suspendre l'exécution d'une décision d'attribution d'un marché lorsque le contrat est conclu. Cette jurisprudence est aujourd'hui constante et unanime.

On sait aussi qu'au début des années 2000, la Commission européenne a mené une procédure en manquement contre la Belgique, en fustigeant l'absence de recours ouvert au soumissionnaire évincé pour prévenir la formation illégale du contrat, ce qui était incompatible avec les directives « recours » 89/665 du 21 décembre 1989 et 92/13 du 25 février 1992. Ces directives européennes exigent en effet qu'existent des recours efficaces et rapides au sein des Etats membres afin de s'opposer aux violations du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit de l'Union. C'est à la suite de cette procédure en manquement dirigée contre la Belgique qu'a été inséré, en 2004, l'article 21bis dans la loi du 24 décembre 1993⁶⁹.

L'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 n'a toutefois pas modifié les conditions de la suspension d'un acte administratif, qui demeurent énoncées à l'article 17, § 2 précité des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. En particulier, le soumissionnaire évincé qui saisit le Conseil d'Etat en extrême urgence sur la base du dispositif de « standstill » de l'article 21bis, doit toujours démontrer que l'exécution immédiate de la décision d'attribution risque de causer un préjudice grave difficilement réparable. Cette question est d'une importance pratique considérable, dès lors qu'en matière de marchés publics, la plupart des recours relatifs à des marchés importants sont désormais introduits devant le Conseil d'Etat selon une procédure de référé d'extrême urgence, et que la décision juridictionnelle rendue en urgence entraîne généralement des effets définitifs, les procédures au fond, dénuées d'un réel intérêt pratique, étant plus rarement poursuivies devant le Conseil d'Etat.

31. A cet égard, la jurisprudence des chambres de langue française diverge fondamentalement de celle des chambres de langue néerlandaise.

Alors que, pour les chambres de langue néerlandaise, le risque de perdre un marché public dont le montant est supérieur aux seuils de publication européenne est en principe considéré comme étant grave et difficilement réparable⁷⁰, les chambres de langue

154 et s ; P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribuer un marché public », *A.P.T.*, 1998/1, pp. 56 et s.

⁶⁹ Sur cette procédure dite « de standstill », voyez notamment C. DE WOLF, « De rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten : status questionis 2008 », *Chronique des marchés publics 2007-2008*, E.B.P., pp. 606 et s. ; V. DOR, « le contentieux en matière d'attribution des marchés publics. Régime actuel et perspectives », *Chronique des marchés publics 2007-2008*, E.B.P., pp. 376 et s. ; B. LOMBAERT et I. MATHY, « L'obligation de standstill avant la passation des marchés publics : un premier commentaire de la nouvelle loi (avant la prochaine modification ?) », *B.J.C.P.*, Mai 2007, pp. 38 et s. ; K. VAN ALSENOY et S. VERBIST, « De gunning van overheidsopdrachten. Preventieve rechtsbescherming door de Raad van State », *Chronique des marchés publics 2008-2009*, E.B.P., pp. 689 et s. ; S. WAUTHIER, « Standstill : les contraintes de la transparence ou de la mise en œuvre du délai d'attente en droit belge des marchés publics », *Chronique des marchés publics 2007-2008*, E.B.P., pp. 426 et s.

⁷⁰ Par exemple : C.E., arrêts B.V. ARS Traffic and Transport Technology, n° 174.131 du 29 août 2007 ; N.V. Verheyen Graphics, n° 174.070 du 22 août 2007. Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises par après.

française ont développé une conception toute différente. Selon elles, la perte d'un marché n'est pas en soi constitutive d'un préjudice grave et difficilement réparable, dès lors qu'en règle, un préjudice financier est en principe réparable⁷¹ et un échec est inhérent à toute procédure de mise en concurrence. Un tel risque n'est vérifié que si la perte du marché s'accompagne de circonstances particulières démontrant, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la requérante, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activités⁷². De ce dernier point de vue a été développée la notion de marché de référence. Est considéré comme un tel marché de référence celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de la conception ou de l'exécution, la mise en œuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière⁷³. Le fait d'obtenir un marché de référence constitue une véritable vitrine commerciale pour l'attributaire, et le risque de ne pas obtenir cette vitrine est considéré comme grave et difficilement réparable.

32. A l'évidence, il nous paraît que la position adoptée par la chambre flamande participe à une meilleure transposition, et à un plus grand respect, des directives « recours ». Aux plaideurs qui le lui ont fait remarquer, la chambre de langue française a rétorqué que les directives « recours » sont dépourvues d'effet direct et doivent être transposées adéquatement par les Etats membres, ce qu'a « tenté de faire » la loi-programme du 9 juillet 2004 en insérant un article 21*bis* dans la loi du 24 décembre 1993. La jurisprudence de langue française constate néanmoins que le législateur n'a pas modifié l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, en telle sorte que la condition du risque de préjudice grave difficilement réparable doit toujours être démontrée pour que puisse être ordonnée la suspension de l'exécution d'un acte administratif⁷⁴.

Cela est certes vrai. On peut regretter toutefois que le Conseil d'Etat, en ses chambres de langue française, n'adopte pas une conception du risque de préjudice grave difficilement réparable, plus souple et compatible avec les directives « recours ». Rappelons que la loi ne définit pas la notion de risque de préjudice grave et difficilement réparable, qu'elle laisse le soin à la jurisprudence d'interpréter. Or, il nous semble qu'une conception plus souple, et respectueuse des obligations européennes de la Belgique, ne serait pas contraire à l'article 17, § 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ; la preuve en est que nul n'a jamais mis en cause la légalité de la jurisprudence flamande.

⁷¹ C.E., arrêts S.A. Mexys, n° 176.607 du 9 novembre 2007 ; n° 189.317 du 7 janvier 2009.

⁷² Par exemple : C.E., arrêts S.A. Dalkia, n° 168.884 du 13 mars 2007 ; S.A. Veolia, n° 176.434 du 5 novembre 2007 ; S.A. Plantin, n° 177.557 du 3 décembre 2007 ; S.A. CHG-Meridian, n° 176.824 du 14 novembre 2007 ; n° 186.542 du 26 septembre 2008 ; S.A. Gestanet, n° 189.317 du 7 janvier 2009.

⁷³ Notamment C.E., arrêts S.A. Veolia, n° 176.434 précité ; Sociétés de droit canadien Imprimerie Interglobe et Beauchemin international Inc., n° 173.891 du 6 août 2007 ; Société de droit français Polymark France, n° 168.481 du 5 mars 2007 ; n° 182.978 du 16 mai 2008 ; n° 183.794 du 4 juin 2008 ; n° 191.838 du 25 mars 2009 ; n° 192.241, du 7 avril 2009 ; n° 193.439 du 19 mai 2009 ; n° 193.838 du 5 juin 2009 ; n° 193.924 du 8 juin 2009 ; n° 194.417 du 19 juin 2009. Pour une étude approfondie des éléments admissibles et non admissibles pour identifier un marché de référence, voyez E. THIEBAUT, « Actualités de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat relative aux marchés publics », *A.P.T.*, 2009/1, pp. 23 et s., ici pp. 35 à 37.

⁷⁴ C.E., arrêts S.A. Veolia, n° 176.434 et S.A. CHG-Meridian, n° 176.824, précités.

Les requérantes bénéficieraient alors de plus de sécurité quant aux chances d'aboutissement de leur recours – la notion de marché de référence étant tout sauf claire. Par ailleurs, le Conseil d'Etat pourrait jouer le rôle de juge naturel de l'administration, en particulier en matière de marchés publics ; il serait en mesure d'analyser le fond des moyens développés devant lui. Qui ignore qu'aujourd'hui, la plupart des soumissionnaires évincés devant introduire une procédure en français se tournent vers le juge des référés judiciaire, comme le permet l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993, car ils craignent que les marchés qu'ils convoitent ne soient pas considérés par le Conseil d'Etat comme des marchés de référence ?

33. Signalons tout de même que cette divergence de jurisprudences sera bientôt de l'histoire ancienne. La loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services⁷⁵, qui transpose la directive européenne 2007/66 du 11 décembre 2007 modifiant les directives « recours », supprime en effet la condition du préjudice grave difficilement réparable pour le traitement des demandes de suspension introduites devant le Conseil d'Etat en matière de marchés publics, dans le cadre du nouveau dispositif de « standstill » qu'elle institue. A cette condition est toutefois substituée une condition nouvelle, permettant au juge saisi de pondérer les intérêts publics et privés en présence. Qui sait si cette opération de mise en équilibre des intérêts en présence sera conçue de la même manière par les différentes chambres du Conseil d'Etat traitant du contentieux des marchés publics ? De nouvelles divergences ne sont donc pas à exclure.

IX. Besluit

34.Uit de voorafgaande (niet limitatieve) bespreking van enkele (schijnbare) tegenstellingen in de rechtspraak van de Nederlandstalige en Franstalige kamers van de Raad van State inzake overheidsopdrachten en overheidscontracten, zijn een aantal algemene conclusies te trekken.

Eenzijds blijkt dat het aantal tegenstellingen die wij op basis van een (weliswaar niet-uitputtend) onderzoek hebben kunnen terugvinden, niet dramatisch groot is. Daarenboven blijken een aantal van die zogenaamde tegenstellingen bij nader inzien (slechts) te wijten aan de specifieke feitelijke context waarin de arresten werden geveld. In de meeste gevallen, is er langs elke taalzijde trouwens maar sprake van één of enkele arresten, zodat niet zonder meer kan worden besloten tot een vaste uiteenlopende rechtspraak. Dit geldt des te meer omdat het overgrote deel van de arresten geveld werd in het kader van schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waar de Raad van State slechts een voorlopig en *prima facie* oordeel velt, in de “huidige stand van het geding”.

Anderzijds kan niet worden ontkend dat bepaalde van de vastgestelde verschillen niet onbeduidend of marginaal kunnen worden genoemd en er evenmin een objectieve en redelijke motivering voor de verschillen voorligt. Soms (bv. inzake het MTHEN en de

⁷⁵ *Mon. b.* du 28 décembre 2009.

minimumniveaus inzake selectie), betreft het vragen die de essentie van de rechtsbescherming of de gelijke behandeling inzake overheidsopdrachten betreffen. Het UDN- en dus “voorlopig” karakter van de arresten is daarenboven in belangrijke mate theoretisch van aard. Deze UDN-arresten zijn vaak de enige rechtspraak die inzake overheidsopdrachten wordt geveld, en deze verwerven hierdoor (ondanks de herhaalde waarschuwingen vanwege de Raad ter zake) onvermijdelijk toch een precedentswaarde voor de rechtsleer en de overheden die nadien met gelijkaardige problemen worden geconfronteerd.

Daarbij komt nog dat de reglementering overheidsopdrachten zo goed als volledig federale materie is en de uiteenlopende visies van de Raad dus ook niet aan andere regelgeving of beleidsklemtonen kunnen worden toegedicht. Vaak hebben verzoekende partijen die een overheidsopdracht wensen aan te vechten, bovendien nog de keuze om – in functie van de door hen gehanteerde taal – de Nederlandstalige of Franstalige kamer van de Raad van State te vatten, hetgeen het belang van een eenvormige rechtspraak nog versterkt.

35. Genoeg redenen dus om de problematiek niet links te laten liggen en na te denken over en te werken aan mogelijke oplossingen. Deze moeten o.i. echter niet gezocht worden in een (zoveelste oplap)regeling die enkel dit probleem aanpakt. De divergenties in de rechtspraak zijn o.i. daarentegen de zoveelste vingerwijzing dat de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten in ons land, dringend toe is aan een fundamentele en ernstige reflectie. De uiteenlopende rechtspraak wordt immers in belangrijke mate veroorzaakt door het “verplichte” gebruik van de UDN-procedure als de “standaardprocedure” voor overheidsopdrachten. De snelheid waarmee die procedures gepaard moet gaan, het ontbreken van een schriftelijk advies van het auditoraat (waarin de antecedenten in de rechtspraak kunnen worden opgespoord en aangegeven) en het feit dat deze zaken door een alleenzettelend staatsraad moeten behandeld worden, leiden haast onvermijdelijk tot de vastgestelde verschillende benaderingen. Het inrichten van een specifieke op het overheidsopdrachtencontentieux afgestemde schorsingsprocedure, bv. met een tweetalige kamer met samengesteld uit 3 Staatsraden, is maar één van de vele (en allicht niet één van de meest creatieve en/of haalbare) voorstellen die in het kader van die noodzakelijke herdenking in overweging kunnen worden genomen.

Bruno Lombaert
Chargé d’enseignement aux Facultés universitaires Saint Louis
Avocat Stibbe

Frederik Vandendriessche
Prof. Dr. UA en UGent
Advocaat Stibbe

Sebastien Devos
Advocaat Stibbe

Résumé:

L'article présente et analyse les divergences de jurisprudence entre les chambres de langue française et les chambres de langue néerlandaise du Conseil d'Etat. Une série de questions sont traitées tour à tour, tantôt en français, tantôt en néerlandais. Ces questions ont trait tant au droit matériel des marchés publics – les exigences minimales de sélection doivent-elles être annoncées à l'avance?; une variante libre qui ne s'écarte pas des spécifications émises par le cahier des charges pour l'offre de base doit-elle être qualifiée de seconde offre de base qui entraîne l'irrégularité de toute la soumission? – qu'au droit du contentieux administratif – la perte d'un marché public est-elle un préjudice grave difficilement réparable?; une demande de suspension (d'extrême urgence) peut-elle invoquer l'illégalité des actes préparatoires?; l'introduction d'une demande de suspension par une société commerciale est-elle un acte de gestion journalière?; et encore le choix du soumissionnaire avec lequel l'autorité décide de commencer des négociations finales doit-elle être qualifiée d'acte préparatoire ou d'acte susceptible de recours? -. En conclusion, on s'interroge sur les raisons et l'ampleur des divergences d'approches constatées et on propose des solutions pour assurer, dans une matière restée de compétence fédérale et où l'essentiel du contentieux est réglé en référé d'extrême urgence, une cohérence minimale de la jurisprudence.

Samenvatting:

Deze bijdrage geeft een overzicht en analyse van een aantal divergenties in de rechtspraak van de Nederlandstalige en Franstalige kamers van de Raad van State inzake overheidsopdrachten. Een aantal vragen wordt, afwisselend in het Nederlands en het Frans, behandeld. Het betreft zowel vragen van materieel recht (moeten de minimale selectie-eisen vooraf bekendgemaakt worden?; is een vrije variant die niet afwijkt van de technische eisen van het bestek in feite een tweede offerte die leidt tot de onregelmatigheid van de gehele offerte?) als vragen inzake rechtsbescherming (maakt het verliezen van een overheidsopdracht een MTHEN uit?; kan in het kader van een UDN-vordering de onwettigheid van voorbereidende handelingen worden ingeroepen?; maakt het inleiden van een vordering tot schorsing een daad van dagelijks bestuur uit?; Is de beslissing om (voorlopig) met een bepaalde kandidaat (finaal) te onderhandelen een aanvechtbare beslissing?). Er wordt ten slotte ook stilgestaan bij de mogelijke redenen en de omvang van de divergenties en er wordt een aanzet gegeven van mogelijke pistes van oplossing.